

THÈSE DE

PARIS.

1892

N^o. 12.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

**DU JUGE
QUI FAIT LE PROCÈS SIEN**

DROIT FRANÇAIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RENÉ BELLANGER

AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU JUGE
QUI FAIT LE PROCÈS SIEN

DROIT FRANÇAIS

DE LA
RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 21 Mai 1892, à 1 heure du soir.

PAR

RENÉ BELLANGER

AVOCAT

Président : M. BEUDANT, Doyen honoraire.

<i>Suffragants :</i> {	MM. GÉRARDIN	} <i>Professeurs.</i>
	BOISTEL	
	GARSONNET	

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DU JUGE QUI FAIT LE PROCÈS SIEN

INTRODUCTION

Les différentes législations ont compris diversement la responsabilité des magistrats ou des juges : en Droit français, la prise à partie est soumise à des règles assez sévères et n'a lieu que dans des cas exceptionnels, ainsi la faute même lourde de la part du juge n'engage pas en principe sa responsabilité, il faut qu'il y ait de sa part concussion, désobéissance à des prescriptions formelles, etc. Il en est autrement en Droit romain, où la négligence peut engager la responsabilité du juge. Cela tient au caractère particulier de la constitution romaine. Comme les magistrats en effet étaient omnipotents, la loi avait corrigé les dangers de cette situation en édictant à leur endroit une responsabilité très lourde : à leur sortie de charge, il pouvait leur être demandé compte de leur administration. Ce principe étant absolument général, on en faisait l'application, non seulement aux magistrats proprement dits, mais encore aux juges dans le sens spécial de cette expression à Rome, alors que les deux qualités, quelquefois réunies, étaient et ont été le plus

souvent distinctes. Pour être fixé sur l'objet de notre étude nous avons donc à examiner : 1^o Ce qu'il faut entendre par juge ; 2^o quels sont les faits qui engagent sa responsabilité et par l'accomplissement desquels il fait le procès sien ; 3^o quelles sont les diverses conséquences juridiques de ces faits.

Dans une conclusion rapide nous essayerons de montrer à quel point de vue et pour quels motifs exacts, le Droit romain diffère sur ce point du Droit français.

CHAPITRE PREMIER

DU JUDEX

Avant d'examiner les cas où le juge en Droit romain engage sa responsabilité en manquant à ses devoirs, il est indispensable de dire quels sont ces devoirs et auparavant ce qu'est, au sens propre du mot, le *judex*; ce premier chapitre ne sera donc qu'un préambule indispensable à l'étude qui forme le sujet de ce travail; il ne contiendra en aucune façon un exposé de l'organisation judiciaire à Rome, exposé qui pour être traité d'une façon un peu approfondie demanderait un bien autre cadre que celui dont nous disposons et qui nous entraînerait loin du point spécial qui nous occupe, mais seulement l'énoncé des notions dont nous aurons à faire l'application dans les autres chapitres pour déterminer la responsabilité du juge romain. Nous dirons donc successivement en quelques mots ce qu'est au sens propre et strict du mot le *judex*; nous parlerons de la distinction entre son rôle et celui du magistrat, des *arbitri*, du mode de nomination du *judex* qui a une grande influence sur la nature de ses devoirs et de ses obligations, en un mot des quelques points nécessaires à connaître pour apprécier les cas où il fera le procès sien, ainsi que la sanction qui s'ensuivra pour lui.

§ I. — *Ce qu'est le judex.*

Le *judex* à Rome avait un caractère tout différent de celui du juge français ; celui-ci, investi d'une fonction publique, est l'arbitre forcé de toutes les contestations entre citoyens, non seulement rend la sentence mais encore préside aux diverses phases de la procédure. Ces deux fonctions étaient essentiellement séparées à Rome, tout au moins sous le régime des actions de la loi et celui de la procédure formulaire. Ce n'est que pendant la troisième période, celle de la procédure extraordinaire, que se trouvent confondues les attributions du juge et du magistrat. Cette séparation des pouvoirs provenait de ce qu'à Rome le procès se décomposait en deux instances : le *jus* et le *judicium*.

Qu'était le *judex* proprement dit ?

Le mot *judex* pris au sens général, désigne tous ceux qui rendent la justice, mais dans le sens restreint où il est habituellement employé, le *judex* est : « un simple particulier chargé par le magistrat d'examiner un procès et de rendre une sentence ». Dans ce sens précis il est habituellement accompagné du mot *unus* par opposition aux juges permanents qui siégeaient toujours en nombre (*centumviri*, *decemviri*). Le *judex unus* est aussi appelé *judex privatus* par opposition au *centumvir* et au juge criminel, *judex addictus*, *datus*, *sumptus*, suivant son mode de nomination, *specialis*, comme étant nommé pour une seule affaire (1). Enfin, *juratus* à cause du serment qu'il prêtait à son entrée en charge.

(1) L. 4, Dig. *De off. prætor.*, I, 14.

Au Bas-Empire le gouverneur de la province était également appelé *judex*.

L'institution du juge en Droit romain offre donc une analogie, surtout en apparence, avec celle du jury criminel français, jury habituellement composé d'une seule personne, il est vrai, mais ayant à répondre à des questions à lui posées par le magistrat et de la solution desquelles dépend l'issue du procès ; toutefois là s'arrête la ressemblance entre ces deux institutions car tandis que les jurés après avoir déterminé les questions de fait qui leur sont soumises, ont le devoir de s'en tenir là et de ne pas se préoccuper des conséquences de leur verdict, le juge romain au contraire rend la sentence jusqu'au bout et tire des faits leurs conclusions juridiques : il est donc également le juge du droit.

§ II. — *Distinction du jus et du judicium.*

Lorsqu'une difficulté s'élevait entre les parties, elles allaient devant le magistrat qui organisait le procès, en déterminait les éléments, fixait les questions de fait et les points de droit qui se trouvaient soulevés : c'était la procédure *in jure*.

Mais au lieu de rendre lui-même la sentence, d'examiner les preuves et les faits allégués de part et d'autre, il renvoyait les parties devant un juge qui décidait, prononçait la condamnation du défendeur ou l'absolvait : c'était la procédure *in judicio*.

Il en fut ainsi pendant toute l'époque primitive et l'époque classique du Droit romain ; sous l'Empire cette

distinction disparut et l'unité de l'instance est un fait accompli sous Dioclétien (1).

Cependant, même en se plaçant sous les deux premiers systèmes de procédure, il arrivait parfois que le magistrat, au lieu de renvoyer la sentence à un juge, en connaissait lui-même. Ces cas par opposition à la marche ordinaire des procès étaient appelés *judicia extraordinaria*.

Dans quelles circonstances cette marche était-elle suivie ? Ces cas étaient-ils laissés à l'arbitraire du magistrat ? Quand et comment avaient-ils été réglementés ?

Nous ne possédons sur ces questions que des renseignements approximatifs ; il paraît néanmoins certain que ces cas étaient nettement définis et que le magistrat ne jugeait lui-même *extra ordinem*, par dérogation à la procédure ordinaire qui comportait le renvoi devant un *judex*, que dans des circonstances exceptionnelles déterminées soit par la loi, soit par la coutume ou peut-être même par les édits des magistrats eux-mêmes, qui liaient ceux qui les avaient rendus aux termes de la loi Cornelia. L'évidence de ce fait résulte de plusieurs arguments : le préteur créant un nouveau moyen de droit le faisait observer à l'aide des actions fictives ou *in factum* ; Ulpien (2) dit que les magistrats ont l'habitude de donner des conseils au juge embarrassé et blâme cette manière de procéder comme aboutissant à transporter à l'un les fonctions de l'autre ; une constitution d'Alexandre Sévère (3) refuse l'autorité de la chose jugée à la sentence rendue par le magistrat, contrairement à la

(1) L. 3, Code *De interdictis*, VIII, 1.

(2) L. 79, § 1, Dig. *De jud.*, V, 1.

(3) L. 4, Code *De sent. et Interl.*, VII, 45.

procédure accoutumée des jugements ; à l'inverse une constitution de Dioclétien et de Maximien (1) défend aux magistrats de nommer des *judices pedanei* pour le jugement des affaires dont ils avaient à connaître eux-mêmes et à ce propos l'on trouve deux exemples de cas où la procédure extraordinaire devait être suivie : les questions d'ingénuité et d'affranchissement, se rapportant à l'état des personnes. En Sicile la *lex Rupilia* s'opposait à la confusion des pouvoirs. Si Verrès eût pu rendre lui-même les sentences, il n'aurait pas eu besoin de corrompre et d'intimider les juges (2).

Cette question qui offre la plus grande importance dans l'étude de l'organisation judiciaire et de la procédure romaines est capitale, également au point de vue spécial de la responsabilité qui nous occupe. Quand par suite d'un jugement mal rendu la partie lésée recourt contre le magistrat qui s'est substitué au juge et qui a prononcé la sentence, à quel titre celui-ci aura-t-il à répondre de ses actions ? Est-ce comme magistrat, est-ce comme *judex* ? Le magistrat peut-il faire le procès sien et son action aura-t-elle pour lui les mêmes conséquences que pour un juge, celles dont nous nous occuperons dans le troisième chapitre ? Au cas contraire encourra-t-il simplement des peines criminelles ou disciplinaires ? C'est là une question que nous nous contentons d'indiquer pour le moment et sur laquelle nous aurons à revenir plus tard.

Remarquons simplement que dans le dernier état de la procédure romaine sous le système extraordinaire,

(1) L. 2, C. *De jud. ped.*, liv. III, t. 3.

(2) Cicéron, 2^e in *Verr.*, II, 12.

cette question a entièrement remplacé celle qui est l'objet principal de notre étude ; à cette époque en effet il n'y a plus de juge choisi par les citoyens pour connaître d'un litige, mais le magistrat rend lui-même la sentence dans toutes les affaires, la responsabilité de ce magistrat est dès lors seule en jeu. En effet, très rares à l'origine, les cas extraordinaires soit à cause de la nature du litige, soit à cause de la qualité des parties, où il n'y avait pas lieu à renvoi devant un juge ont été sans cesse en s'augmentant. Au début, nous voyons les délivrances d'interdit, les restitutions *in integrum*, puis comme nous avons vu plus haut, les questions d'état, les demandes des esclaves contre leurs maîtres, des affranchis contre leurs patrons, la connaissance du *crimen suspecti tutoris* (1), les demandes d'aliments, d'honoraires, etc. ; puis plus tard encore les questions des fidéicommiss et enfin toutes les nouvelles actions qui sont créées par les empereurs, sont de la compétence exclusive du magistrat qui finit par les comprendre toutes lorsque la confusion du *jus* et du *judicium* est un fait accompli.

§ III. — *De l'arbiter.*

Il arrive fréquemment dans les textes de trouver l'expression *arbiter*. Que signifie-t-elle ? Est-ce là une sorte de juge spécial, distinct du *judex unus*, ou au contraire ces deux expressions sont-elles synonymes et s'appliquent-elles aux mêmes cas ? Tout d'abord remarquons que la question ne se pose que pour un sens spécial du mot *arbiter*, celui précisément où les textes parlent d'un

(1) L. 1, § 3, Dig. *De suspect. tut.*, XXVI, 10.

arbiter nommé par le magistrat et rendant une sentence. A côté de cet *arbiter* nous trouvons en effet l'*arbiter compromissarius*, c'est celui que choisissent les parties sans passer par l'intermédiaire du magistrat, de même qu'aujourd'hui encore il arrive que des plaideurs font choix d'un homme en qui ils ont toute confiance et remettent la solution de leur litige entre ses mains par le contrat de compromis, prenant l'engagement d'exécuter sa décision et obligés de le faire, sinon en vertu de la sentence qui n'a pas l'autorité de la chose jugée, du moins par suite du contrat qui l'a constitué. Il en était de même en Droit romain. Lorsqu'un *arbiter compromissarius* avait été choisi par les parties, celle contre qui se prononçait l'*arbiter* se trouvait obligée, une stipulation pouvait avoir eu lieu au moment de la constitution de l'arbitre et le perdant était dès lors tenu *ex stipulatu*. Était-ce une obligation pour l'arbitre de juger? Non en droit civil, s'il n'était pas engagé par la stipulation, mais le prêteur contraint l'arbitre qui a accepté de remplir ses fonctions.

Nous aurons à nous demander, au point de vue spécial qui nous occupe, quels étaient les devoirs de cet *arbiter* ainsi choisi et les conséquences que pouvaient avoir pour lui les manquements à ses devoirs. Faisait-il comme le juge le procès sien? Et s'il se rendait coupable d'un des faits engageant la responsabilité du juge et dont nous aurons à nous occuper dans notre second chapitre, avait-il à redouter les mêmes conséquences?

Outre l'arbitre tenant ses pouvoirs d'un compromis et celui qui fait l'office de juge et dont nous allons dire quelques mots plus loin, on rencontre encore dans les

textes l'expression *arbiter* s'appliquant à d'autres cas.

Le magistrat jugeant *extra ordinem* en appelait souvent pour élucider des points spéciaux, faire certaines recherches ou enquêtes, à l'avis d'arbitres ; ces arbitres étaient des juges jugeant un *præjudicium* et non des experts. Cependant ces auxiliaires n'avaient aucune mission analogue à celle du juge de l'affaire, n'étant point mis en rapport avec les parties, ils venaient simplement en aide au magistrat sous la seule responsabilité duquel la sentence était rendue. C'est ainsi qu'en matière de pension alimentaire Ulpien dit que des arbitres fixaient habituellement les ressources du patron qui la devait (1), de même des arbitres appréciaient la solvabilité des cautions en matière de *stipulationes prætorix* (2). Dans ce dernier cas les textes réservent formellement l'appel devant un juge.

Nous trouvons également une sorte d'arbitre se rapprochant de l'*arbiter compromissarius* dont nous avons parlé plus haut, c'est celui qui en matière de société est chargé de faire le règlement des parts ; il y a néanmoins plusieurs différences entre la mission de cet *arbiter* et celle de l'*arbiter compromissarius* : celui-ci tranche une difficulté pendante et doit par conséquent donner raison à l'un et tort à l'autre, celui-là fait au contraire une répartition dont tout le monde pourra se trouver satisfait. Aussi doit-il se comporter comme le ferait un homme de bien, sa décision est sujette à un recours devant le juge (3). De plus l'un des associés peut être chargé de

(1) L. 5, § 25, Dig. *De agn. et al. liberis*, XXV, 3.

(2) L. 9 et 10, Dig. *Qui statisd. cog.*, II, 8.

(3) L. 79, *Pro socio*, Dig., XVII, 2.

fixer les parts tandis que l'un des intéressés ne sera jamais choisi pour la solution d'un litige. Et en tous cas cette fixation pouvant être modifiée sur la réclamation de l'un des associés, cet arbitre spécial n'encourra jamais de bien grosses responsabilités, aussi nous n'aurons plus à nous en occuper dans les autres parties de notre travail.

Nous arrivons enfin au dernier sens du mot *arbiter*, à celui qui est une sorte de *judex* et qui se distingue profondément de tous les arbitres dont nous venons de parler. C'est le cas d'un *arbiter* nommé par le magistrat et chargé de prononcer la solution d'un litige. Est-ce là une sorte de juge spécial fonctionnant à côté de notre *judex*, parallèlement à lui et en quelque sorte dans une sphère différente, ou au contraire n'y avait-il qu'une sorte de juges que l'on appelait ordinairement *judices* et de temps à autre *arbitri* ?

Il semble résulter d'un passage célèbre de Cicéron (1), qu'il y avait en effet deux sortes de juridictions, les *judices* et les *arbitri*, distinctes l'une de l'autre, les premiers jugeant les actions de droit strict, les seconds jugeant les actions de bonne foi. Il dit en effet : *Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est. Hic tu si amplius nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti : propterea quod aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ ; arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obstineamus, aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.*

(1) *Pro Roscio Comædo*, n° 4.

Suivent des détails sur la rédaction des formules remises aux juges, qui sont précises, sévères et de celles remises aux arbitres qui sont douces et modérées.

Dans d'autres passages également Cicéron fait allusion à cette distinction il parle en effet de l'*arbitrium rei uxoriæ* (1).

On trouve également dans les textes plusieurs cas où la solution du litige est renvoyée à un arbitre par exemple au sujet de l'écoulement des eaux de pluie (2) de l'action *communi dividundo* (3).

Il semble donc bien résulter tant de ces textes que d'autres dont l'énumération serait trop longue ici qu'il fallait faire une distinction bien tranchée entre les *judices* et les *arbitri* et que ceux-ci ne devaient pas être confondus avec ceux-là : leurs attributions, leur mode de nomination et leur compétence étant absolument différents. Le *judex* en effet siégeait toujours seul tandis que les *arbitri* étaient plusieurs (4).

De plus pour les *judices* il y avait un album spécial tandis que les *arbitri* pouvaient être pris parmi tous les citoyens sans exception (5).

La loi des XII Tables (6) parle bien nettement de la nomination d'arbitres. On lit dans la XII^e Table : *Si vindiciam falsam tulit..... si velit is* (ou bien *sive litis..... præ*) *tor arbitros tres dato ; eorum arbitrio..... fructus duplione damnum decidito*. Il s'agit ici de la restitution au double imposée à celui qui, constitué possesseur in-

(1) Topiques, 17.

(2) L. 24, § 1, Dig., XXXIX, 3.

(3) L. 26, Dig. X, 3.

(4) Maynz, tom. I, page 192, n^{os} 41 et 43.

(5) Savigny, *Traité de Droit romain*, tom. 5, p. 111.

(6) Fœstus, V^o *Vindiciæ*.

térinaire dans un procès en revendication, succombait ensuite au fond. Mais par les termes mêmes de la loi des XII Tables, il semble que ce texte ne doive pas beaucoup nous arrêter, car cette loi remet la décision au magistrat : *decidito*, lui dit-elle, les arbitres en question n'ont pour mission que faire l'estimation des fruits, il s'agirait donc ici de cette sorte d'arbitres dont nous avons parlé plus haut, qui sont les auxiliaires du magistrat.

Il faut, croyons-nous, ne pas trop s'attacher à cette distinction entre l'*arbiter* et le *judex*, il est certain que celui-ci pouvait en effet connaître non seulement des actions de droit strict mais encore des actions de bonne foi, c'est ce qui résulte de l'expression *arbitrium judicis* que l'on rencontre à plusieurs reprises dans les textes. Le juge permet en effet dans les actions réelles au défendeur de se soustraire à la condamnation en procurant certaines satisfactions au demandeur : or le juge seul pouvait rendre un *arbitrium*. Il faisait donc bien en ce cas fonction d'arbitre. Il est bien probable qu'il n'y avait qu'une classe de juges, que l'on appelait parfois *arbitri* pour les actions de bonne foi, sans doute à cause de l'analogie qu'offrait en ce cas leur mission avec celle de l'*arbiter compromissarius*. Au surplus jamais dans la formule il n'est question d'arbitres, l'on y voit : *Judex esto* ; *recuperatores sunt* et jamais *arbiter esto*, *arbitri sunt*.

Cicéron lui-même au surplus raille fort spirituellement toutes ces distinctions subtiles. Il dit en effet (1) : *Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum diem Tertium, an Perendinum : judicem, an*

(1) Cic., *Pro Murena*.

arbitrum, etc..... dici oporteret. Nous voyons donc qu'en tous cas, s'il y eut une différence elle était loin d'être bien tranchée et n'avait pas de bien grandes conséquences pratiques.

Quoi qu'il en soit, et au point de vue spécial de la responsabilité nous n'avons pas de distinctions à faire entre cet *arbiter* et le juge jugeant dans les actions de bonne foi. Nous verrons en effet dans notre second chapitre que les devoirs du *judex* sont différents, suivant qu'il s'agit d'une action de droit strict ou d'une action de bonne foi, et que par suite les principes de ses causes de responsabilité se distinguent les uns des autres d'une façon bien tranchée dans les deux cas, il en résulte que tout ce que nous dirons à ce sujet du juge en matière d'actions de bonne foi sera applicable à l'*arbiter* et par suite nous n'aurons plus à nous occuper de cette distinction dans les autres parties de notre travail.

§ IV. — *Nomination du judex.*

Comment était nommé le *judex*? Parmi quelles personnes était-il choisi? Ce sont là deux questions fort importantes dans l'étude de l'organisation judiciaire romaine et qui présentent en outre le plus grand intérêt au point de vue de la responsabilité. Il y a lieu de se demander en effet si l'on pourrait imposer les mêmes obligations et par suite, faire encourir les mêmes peines à un magistrat de profession ou à un juré qui serait choisi par les parties ou désigné par le sort? C'est du mode de nomination que découlent les différences si capitales que nous essayerons de dégager à la fin de

notre travail entre le magistrat français et le juge romain au point de vue de la responsabilité, il est donc indispensable de bien fixer qui était le *judex* et comment il était choisi.

Le *judex unus* n'était choisi que pour un procès, simple particulier avant, il redevenait simple citoyen après, ses fonctions étaient essentiellement temporaires. Il devait être choisi par les parties. Ce n'était pas un juge élu à la majorité, il fallait que les parties fussent d'accord. Mais en pratique comment cet accord pouvait-il se réaliser entre personnes entamant un procès et naturellement peu disposées à s'entendre ? On se contentait d'un accord forcé ; le demandeur proposait au défendeur un juge que celui-ci acceptait, si le défendeur affirmait sous la foi du serment qu'il ne pouvait attendre de lui aucune justice, le demandeur en proposait un autre et ainsi de suite. Toutefois le défendeur ne pouvait retarder outre mesure la solution du litige par des récusations trop multipliées, car le préteur pouvait le considérer comme *indefensus* (1).

De toute façon, soit qu'il y eût accord de bonne volonté entre les parties pour le choix du juge, ou qu'il n'y eût que cet accord purement fictif et forcé dont nous venons de parler, le mode de nomination étant théoriquement identique, il s'ensuivait les mêmes principes pour la responsabilité dans l'un et l'autre cas.

Le choix des parties devait au surplus être officiellement ratifié par le magistrat : c'est-à-dire que c'est le magistrat qui instituait juge celui que les parties avaient choisi. C'était là un des attributs essentiels de sa *juris-*

(1) Keller, 37.

dictio (1). Cette institution par le magistrat s'appelle *dictio* ou *addictio judicis*. Par l'*addictio*, le caractère du juge change, ce n'était auparavant qu'un *arbiter compromissarius*, tandis que maintenant il est revêtu d'un caractère officiel, d'une délégation de la puissance publique. Il est facile de comprendre dès lors pourquoi on a appelé fréquemment le *judex arbiter*, ainsi que nous l'avons vu plus haut lorsque nous nous sommes occupés des arbitres, l'analogie du mode de nomination devait rendre cette confusion inévitable. Toutefois de ce qu'il devait être choisi par les parties découlaient ces conséquences : que ses pouvoirs expiraient quand il avait prononcé de la sentence, et qu'il ne pouvait instituer d'autre juge à son lieu et place.

L'*addictio* donnait au juge un caractère public, il en résulte que le *judex* était obligé d'accepter les fonctions déferées, c'était pour lui un *munus publicum*, le magistrat pouvait le forcer à exécuter son mandat sauf les cas d'excuse dont nous dirons quelques mots plus loin. Le magistrat pouvait révoquer le juge qu'il avait nommé. Toutefois dès l'*addictio* les parties ne pouvaient plus revenir sur le choix qu'elles avaient fait, la *litis contestatio* avait transformé le droit et si pour une raison ou pour une autre (mort, incapacité, révocation, etc.) le juge ne pouvait accomplir sa mission, le magistrat en nommait un autre mais sans pour cela que l'on recommence la procédure *in jure* il y avait simplement *translatio judicii* (2).

Il peut y avoir lieu à des différences d'application au point de vue des conséquences de la responsabilité sui-

(1) L. 3, Dig. *De Jurid.*, II, 1.

(2) L. 76, Dig. V, 1, *De Jud.*

vant la situation différente des personnes : voyons donc parmi quelles personnes le juge pouvait être choisi. En principe à Rome tout le monde pouvait être *judex*, toutefois il y avait de nombreuses incapacités. La mission du *judex* étant une délégation de la puissance publique il fallait être capable de remplir les magistratures et par conséquent citoyen romain jouissant de l'exercice de ses droits politiques. Il n'était pas nécessaire d'être *sui juris* : le fils de famille pouvait être juge. C'est ce que dit formellement la loi 15, Dig., V, 1. *De judiciis*. C'est un des textes fondamentaux que nous aurons l'occasion de revoir et d'étudier plus loin dans le troisième chapitre au sujet des conséquences qu'a pour le juge le manquement à ses devoirs. *Filius familias judex si litem suam faciat*, dit Ulpien dans cette loi, puis il s'occupe des conséquences de ce fait au point de vue du pécule de ce fils. Ce n'était point là une exception, car en principe le fils de famille était capable d'exercer les magistratures publiques, de se marier, de s'obliger, de contracter des obligations civiles et non naturelles, obligations qui à la vérité ne pouvaient être poursuivies entièrement de suite, le fils de famille n'ayant pas de biens, mais desquelles le père était tenu *de peculio*. Cette capacité civile du fils a pour conséquence de lui permettre d'exercer les magistratures et par suite de remplir les fonctions de juge, tout en supportant les conséquences civiles qu'auraient pour lui les manquements à ses devoirs.

Les incapacités, comme nous l'avons dit, étaient très nombreuses ; le jurisconsulte Paul (1) les divise en trois catégories : *natura, lege, moribus*.

(1) L. 12, § 2, Dig., V, 1.

Étaient incapables *natura* : le *surdus*, le *mutus*, le *perpetuo furiosus* (le simple *furiosus* pouvait au contraire être juge dans les intervalles lucides (1), l'*impubes*. La puberté était fixée pour les hommes à l'âge de quatorze ans, il est évident que l'on ne choisissait pas en pratique des juges d'un âge aussi tendre, l'on pouvait comme nous le verrons plus loin, s'excuser jusqu'à dix-huit ans, d'ailleurs la limite d'âge paraît avoir varié durant la législation romaine et, avoir été jusqu'à vingt-cinq et même trente ans.

Paul (2) ne cite qu'une classe d'incapables *lege*, ce sont les sénateurs rayés de la liste du sénat, cas prévu par la loi Julia *repetundarum* (3).

Étaient incapables *moribus*, les femmes et les esclaves. Ce sont les deux seuls cas cités par Paul (4), il faut y ajouter bien certainement : les infâmes, les parties du procès et les magistrats d'un rang égal ou supérieur à celui qui a prononcé l'*addictio* et à plus forte raison ce magistrat lui-même.

Outre ces incapacités naturelles il y en avait d'autres fondées sur des raisons tirées de considérations politiques. Quoiqu'en principe tout le monde fût capable d'être juge, en réalité les juges étaient toujours choisis parmi la même classe de personnes qui a beaucoup varié suivant les époques différentes de l'histoire romaine.

Avant les Gracques, les juges étaient choisis dans le sénat. C'est là un point généralement admis aujourd'hui, bien qu'on ait soutenu qu'ils étaient choisis parmi les

(1) L. 39 pr. Dig., V, 1.

(2) L. 12, § 2, *eod.*

(3) L. 2. Dig., I, 9.

(4) L. 12, § 2, *eod.*

patriciens. Cette dernière opinion n'était pas complètement inexacte car les trois cents sénateurs ne purent pas toujours suffire au jugement de toutes les affaires civiles et mêmes pénales : nous verrons plus loin que les juges criminels étaient choisis de la même manière que les juges civils et que leur mode de nomination subit les mêmes fluctuations ; et dans ce cas on leur adjoignait des patriciens pour le jugement des affaires moins importantes. Mais en principe les sénateurs avaient en quelque sorte le monopole de la justice, c'est ce qui résulte d'un texte de Polybe (1) et d'un autre de Plaute (2). Partant pendant cette période il n'y avait pas d'*album judicum*, la liste du sénat en tenait lieu. Ce privilège des sénateurs, tout naturel à cette époque, était d'ailleurs fort heureux : le sénat comprenait l'élite de la nation, des hommes qui avaient occupé généralement les plus hautes magistratures, et qui par suite étaient au courant, plus que qui que ce soit, des questions juridiques et de la pratique des affaires.

Caïus Gracchus voulut renverser l'ordre de choses établi : par une loi *Sempronia* (an 632 de la fondation de Rome) il fit retirer les jugements aux sénateurs pour les donner aux chevaliers. Mais, après la chute des Gracques, l'administration de la justice subit de nombreuses fluctuations ; les différents partis successivement au pouvoir se réservant le monopole des décisions litigieuses, il en résulta une foule de scandales, ces juges investis à la suite de luttes intestines ne se montrant pas impartiaux pour leurs adversaires de la veille. Tantôt ce furent les

(1) VI-17.

(2) Rud. III, 4, V, 7, S.

sénateurs, tantôt les chevaliers, tantôt les élus des tribus qui furent appelés à rendre la justice en vertu de différentes lois qui se succédèrent jusqu'à Auguste à des intervalles assez rapprochés.

On a soutenu que pour cette période (depuis les Gracques, jusqu'à Auguste) les différentes *leges judiciaræ* qui modifièrent la dévolution des fonctions judiciaires ne s'appliquaient pas aux affaires civiles (*judicia privata*), mais simplement aux affaires criminelles (*judicia publica*), pour la composition des *quæstiones perpetuæ*.

Il nous faut dire en quelques mots ce qu'étaient ces *quæstiones perpetuæ* et par suite parler de l'organisation de la justice criminelle à Rome, car nous serons amenés à nous occuper incidemment plus loin de la responsabilité des juges criminels et des conséquences qu'ont pour eux les sentences injustes qu'ils pouvaient rendre.

En principe, l'organisation judiciaire était identique pour les affaires civiles et les affaires criminelles, l'instruction était faite par le magistrat qui, pour la condamnation, renvoyait devant un juge ou un tribunal composé de citoyens. Il y avait une grande analogie par conséquent avec notre système actuel. Néanmoins et lorsqu'il s'agissait d'une sentence capitale, le condamné pouvait en appeler au peuple romain, lorsqu'il était lui-même citoyen, et, en ce cas, le magistrat venait défendre sa sentence devant le peuple contre le condamné. La coutume d'en appeler s'étant généralisée, l'habitude s'introduisit, lorsqu'un crime avait été commis, que le magistrat réunit les comices centuriates pour statuer immédiatement sur l'affaire, de sorte qu'en fait l'assemblée était juge en matière criminelle. Comme souvent

elle n'était guère en état de remplir ce rôle, elle le confiait généralement à des délégués appelés *quæstores* auxquels elle transportait ses pouvoirs. C'étaient des commissions organisées uniquement pour le procès criminel en question et dont les pouvoirs cessaient lorsqu'elles avaient rendu leurs sentences. Scylla par la loi Cornélienne *sicariis et venificis*, dont nous aurons à reparler plus loin à propos de la responsabilité des juges criminels établit d'une manière permanente pour certains crimes déterminés des commissions de ce genre, ou *quæstiones* qui prirent dès lors le nom de *quæstiones perpetuæ*. Entr'autres crimes dont la répression était ainsi poursuivie, se trouvaient ceux de meurtre et d'empoisonnement, d'où le titre de la loi de Scylla, mais ce n'étaient pas les seuls et plus tard, quand en vertu de lois postérieures on étendit ce système à d'autres crimes, point ne fut besoin de créer de nouvelles *quæstiones*, les mêmes s'occupaient de ces nouvelles affaires qui pouvaient n'avoir qu'une analogie très lointaine avec celles pour lesquelles elles avaient été primitivement créées.

Dès lors les différentes lois modifiant, si l'on peut s'exprimer ainsi, la composition du personnel judiciaire, ne s'appliquaient-elles qu'aux juges criminels à ceux formant ces *quæstiones* qui devinrent *perpetuæ* après Scylla, ou au contraire s'étendaient-elles aux juges civils ? Il est probable que toutes ces lois visaient aussi bien les *judicia privata* que les *judicia publica*. Nous ne pouvons ici, sans sortir du cadre de notre étude, examiner les divers textes, non plus que les différentes opinions émises et ayant trait à la solution de cette question une des plus

intéressantes de l'étude de l'organisation judiciaire à Rome : il nous suffit de l'avoir indiquée.

Qu'en fût-il plus tard, pendant la troisième période qui s'étend depuis Auguste jusqu'à la disparition du *judex* et la réunion de tous les pouvoirs entre les mains du magistrat? Auguste, lorsqu'il entreprit la réorganisation des pouvoirs publics, établit de nouveau les bases de l'administration judiciaire. Il fit deux lois nouvelles, les *leges Juliae Augusti judiciaræ publicorum et privatorum judiciorum* qui furent les lois organiques en cette matière. Par ces deux lois il créa quatre décuries qui formèrent l'*album judiciale* (tableau des juges) soit pour les procès criminels soit pour les procès civils. Les trois premières décuries, pour faire partie desquelles il fallait un cens de 400.000 sesterces (d'où leur nom de *quadringenarii*) étaient composées la première de sénateurs, la seconde de chevaliers et la troisième de chevaliers d'un ordre inférieur *tribuni ærarii* (1). La quatrième fut composée de citoyens d'un cens de 200.000 sesterces (*ducentarii*). Ces quatre décuries comprenant chacune environ mille *judices selecti*, dont les fonctions étaient à vie et qui étaient portés sur l'*album judicum* affiché au forum, connaissaient de tous les procès tant civils que criminels (toutefois il y a eu controverse pour la quatrième décurie quant aux procès criminels). Cette organisation ne fut que très légèrement modifiée par la suite, cependant Caligula créa une cinquième décurie (2) et cet état de choses dura ainsi jusqu'à la disparition du système formulaire.

Excuses. — Pour en avoir terminé avec cette impor-

(1) Duruy, *Histoire des Romains*, t. IV.

(2) Suétone, *Calig.* 16.

tante matière du mode de nomination des juges et de leur recrutement, il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots des excuses que pouvaient opposer les juges nommés par les magistrats, et qui les dispensaient de remplir leur mission.

Il faut soigneusement distinguer les excuses dont pouvait se prévaloir le juge nommé, des incapacités qui pouvaient être opposées par l'un des plaideurs. Les excuses étaient appréciées par le magistrat. Les principaux cas étaient la maladie, l'exercice de certaines fonctions (1), des affaires très pressantes (2). Une constitution d'Antonin le Pieux dispensa des fonctions judiciaires certaines catégories de personnes, les Philosophes, les Rhéteurs, les Grammairiens, les Médecins (3).

Pendant la troisième phase s'étendant depuis Auguste jusqu'à la disparition du *judex*, quand il y eut un *album judicum* régulier, les juges, au lieu de se prévaloir de leurs excuses, lors de leur nomination par le magistrat, pouvaient les invoquer à chaque révision de l'*album* afin de n'y être pas portés. Mais en tout cas, soit à cette époque soit à celles qui l'avaient précédée, le juge devait toujours se faire excuser avant toute ingérence dans l'affaire (4).

§ V. — *Compétence du judex.*

Avant de passer à l'étude spéciale de la responsabilité du *judex*, il faut être fixé sur un point non moins impor-

(1) L. 13, pr. § 1, Dig., 50, 5.

(2) L. 18, pr. Dig., V, 1.

(3) L. 6, § 8, Dig., XXVII, 1.

(4) L. 13, § 3, Dig., IV, 5.

tant que son mode de nomination et pouvant être la source de différentes causes de responsabilité, à savoir sa compétence. Il en était en effet du juge romain comme des magistrats de tous les temps et de tous les pays : il devait se renfermer dans les limites de sa compétence tant territoriale que personnelle ou réelle et la violation de cette obligation pouvait le mettre dans le cas d'avoir fait le procès sien.

La compétence du *judex* pouvait être envisagée à trois points de vue : *ratione loci*, c'est-à-dire eu égard au lieu où il pouvait exercer ses fonctions, *ratione personæ*, c'est-à-dire quelles étaient les personnes qui étaient ses justiciables, et enfin surtout *ratione materiæ*, c'est-à-dire quels étaient les procès dont la solution pouvait lui être confiée.

Compétence territoriale. — Les règles en cette matière découlaient de ce que les fonctions des juges étaient une délégation de la *jurisdictio* des magistrats qui les avaient nommés. Leur compétence territoriale était donc exactement celle de ce magistrat. Il en résulte qu'à l'origine, et suivant la rigueur du droit, le juge nommé par le préteur urbain était compétent pour juger tous les citoyens en quelque lieu qu'ils se trouvassent : la compétence est en effet déterminée par le domicile ou l'origine, et la ville de Rome est la patrie commune de tous les citoyens romains. Toutefois ce principe reçut dès l'origine des atténuations importantes, les habitants de la Gaule Cisalpine n'étaient obligés de se rendre à Rome que pour les procès dont l'importance dépassait quinze mille sesterces, en vertu d'une loi Rubria de Gallia Cisalpina ; quant aux habitants des autres provinces plus éloignées ils

n'étaient bien certainement justiciables que des juges nommés par leurs magistrats locaux. Les empereurs divisèrent l'Italie en circonscriptions indépendantes de la ville de Rome, de façon à limiter la compétence territoriale du préteur dont la juridiction unique n'eût plus été possible au fur et à mesure de la vaste extension donnée au droit de cité.

Compétence personnelle. — Tous les citoyens romains étaient comme nous venons de le dire à l'origine justiciables du *judex unus* nommé par le préteur urbain. Lorsque les étrangers eurent des relations suivies avec Rome, ils étaient jugés par des *recuperatores* nommés par un préteur spécial, le *prætor peregrinus*. Ces *recuperatores* appliquaient le *jus gentium*, tandis que le *judex* appliquait le *jus civile* dans le sens spécial que prirent ces mots à cette époque et qu'ils avaient en Droit romain. Toutefois quand on donna le *jus commercii* à différentes catégories de pérégrins, ceux-ci eurent en outre le privilège de se voir appliquer le *jus civile* et d'être justiciables d'un *judex unus*. Lors de la grande extension du droit de cité romaine, il n'y eut plus lieu de faire de distinctions au sujet de l'attribution de la juridiction personnelle.

Les textes citent un cas d'incompétence du juge en ce qui regarde la personne du justiciable, il ne pouvait connaître des procès où un magistrat d'un ordre supérieur ou d'un ordre égal au magistrat qui l'avait nommé était partie (1), c'est là une application du principe posé plus haut : que les fonctions du juge étaient une délégation de la *jurisdictio* du magistrat.

(1) L. 3, § 3, et l. 4. Dig., IV, 8.

Compétence ratione materie.—La compétence du *judex unus* avait été d'abord fort restreinte, et s'était étendue peu à peu. Elle n'embrassait à l'origine que les actions *in personam* et ayant pour objet une *certa pecunia*. Puis elle s'étendit à toutes les actions de créance. Comprenait-elle également les actions réelles et les actions d'état ? Les documents manquent absolument sur ce point ; il est probable que non, ces actions étant de la compétence des *centumviri* et *décemvirs*. Quoiqu'il en soit après la loi *Æbutia* rendue au VI^e siècle (1) et les *leges Juliae*, la juridiction du *judex unus* atteint son apogée et embrasse toutes les actions mêmes réelles (2), même les actions d'État. Que restait-il donc aux *centumviri* et aux *recuperatores* ? Ils étaient alors des tribunaux d'exception et peut-être facultatifs pour les parties d'accord pour ne pas remettre la solution de leur litige à un *judex unus* (3).

Les *recuperatores* institués à l'origine pour juger les procès entre étrangers ou entre romains et étrangers, virent leur rôle se modifier et jugèrent par la suite les différends entre citoyens romains. Toutefois nous ne savons pas exactement quelles étaient les limites de leur compétence (4). Il semble résulter d'un passage de Gaius (IV, 105) qu'ils étaient parfois les auxiliaires du magistrat et ses aides facultatifs plutôt que des juges prononçant la sentence. Cependant ils paraissaient être également compétents pour certaines actions, les interdits notamment (5).

(1) Accarias, II, 747.

(2) Gaius, IV-91.

(3) Cic., 2^e act. in *Verrem*, I, 35. Gaius, IV, 91, 93, 95.

(4) IV-105, Gaius.

(5) Gaius, IV-141.

Quoi qu'il en soit le juge par excellence pendant la période formulaire et surtout à partir du milieu du VI^e siècle et au commencement du VII^e fut le *judex unus*. C'est à lui qu'était confiée la solution de tous les procès privés. On voit donc combien délicate était sa mission et à quelles graves responsabilités il se trouvait exposé. Mais que comprenait exactement ce *jus privatum* dont l'application était de la compétence de notre *judex* ?

C'est, dit Justinien au premier chapitre des Institutes (1), *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, celui qui a pour objet les intérêts des individus. Il en résulte ce que l'on qualifie aujourd'hui Droit civil, procédure de Droit commercial en faisaient partie. Où se limitait leur compétence au point de vue du Droit criminel ? Il y avait une distinction entre les *delicta privata* et les *delicta publica*, toutefois on fit rentrer dans la seconde catégorie beaucoup de crimes qui avaient été à l'origine compris dans la première, quand on comprit que le corps social tout entier était intéressé à la répression des crimes les plus graves et les jugements rendus par les *quaestiones perpetuae* étaient de véritables *judicia publica*.

Le *judex unus* était compétent en matière de Droit civil. Le *jus gentium* pris dans le sens que lui donne Justinien (2), était du domaine des *recuperatores* qui jugeaient les contestations entre étrangers ou entre romains et étrangers.

Enfin quand le préteur créa le *jus honorarius* à côté du vieux *jus civile*, quand ses attributions se développèrent, puis quand il prit l'habitude de se substituer au

(1) § IV.

(2) Instit., I, 2.

judex, alors la sphère d'action de celui-ci diminua rapidement au point d'être entièrement absorbée par le nouveau *jus extraordinarium*, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, quand nous avons parlé de la distinction du *jus* et du *judicium* et nous avons vu à ce sujet que la responsabilité de ce juge finit par être remplacée entièrement par celle du magistrat lors de la disparition du système formulaire.

§ VI. — *Autres corps judiciaires.*

Nous nous sommes occupés spécialement jusqu'ici du *judex unus* ; c'est en effet lui qui domine toute l'organisation judiciaire romaine et c'est principalement à son sujet que se pose la question de la responsabilité. Néanmoins comme nous avons été entraînés à le dire à propos de sa compétence et de la limitation qui s'ensuivait pour celle-ci de l'existence d'autres pouvoirs constitués parallèlement au sien, il y avait à Rome d'autres autorités judiciaires que la sienne. On y distinguait les tribunaux permanents et les juges nommés pour une affaire déterminée. Les premiers qui pendant le règne de la procédure formulaire eurent une compétence toute exceptionnelle et très effacée, étaient les collèges des pontifes, des centumvirs et des décemvirs.

Des pontifes. — Les pontifes jugeaient des matières où un intérêt religieux était en jeu, leur compétence en matière civile était donc fort restreinte. On a pu prétendre qu'ils avaient formé à un moment donné le tribunal de Droit commun, entre la promulgation de la loi des

XII Tables et la création du préteur urbain (1), mais il est probable que ce texte signifie plutôt que les solennités empreintes d'un caractère religieux et qu'on devait accomplir pour exercer les actions de la loi devaient se passer devant un pontife. Quoi qu'il en soit, à l'époque classique ceux-ci jugeaient encore les causes où un intérêt religieux se trouvait mêlé, c'est devant eux que Cicéron prononça sa fameuse plaidoirie, *pro domo sua*, où il fallait décider de la validité de la consécration de sa maison à la déesse Liberté.

Des centumvirs. — Les centumvirs constituaient un collège judiciaire d'un ordre tout spécial qui paraît avoir fonctionné parallèlement au *judex unus*, et aussi longtemps que celui-ci avec des variations, dans leur importance respective. L'origine du tribunal des centumvirs forme un des points les plus controversés de l'histoire des institutions judiciaires romaines ; d'après Niebuhr il remonterait à Servius Tullius, ce que son caractère plébicien ne permet guère d'admettre ; d'après Zumpt son origine devrait être rattachée à la loi des XII Tables ; Sibrand Siccama place sa création au début du VI^e siècle et l'attribue à la loi *Æbutia*.

Sa compétence a été également l'objet de nombreuses discussions, Cicéron dans son dialogue des Orateurs, semble la rattacher à trois ordres d'idées principaux :

- 1^o Les questions relatives aux droits de famille : tutelle, gentilité, *agnatio* ;
- 2^o Les questions de propriété quiritaire, d'usucapion et de servitudes urbaines ;

(1) Pomp., l. 2, § 6, *in fine*. Dig., I, 2, *De origine juris*.

3^e Et les questions de testaments.

Dans certains cas il semble que les parties auraient pu opter entre les centumvirs et l'*unus judex* (1).

D'après M. Latreille la compétence des centumvirs se serait étendue et aurait été limitée aux questions d'ordre public ; M. Bethmann Hollweg la restreint au contraire aux *vindicationes* de l'ancien Droit civil.

Leur importance paraît avoir décliné à la fin de la République mais avoir repris une grande extension sous l'Empire, on recherchait devant eux des succès oratoires, dit Tacite (2).

Quoi qu'il en soit de toutes ces controverses sur l'origine et la compétence du tribunal des centumvirs, il nous est impossible de nous y arrêter davantage, sans sortir du cadre de notre étude, d'autant plus que nulle part on ne trouve de règles particulières concernant leur responsabilité et les conséquences pénales ou civiles que pouvait avoir pour eux la méconnaissance de leurs devoirs et des règles du droit, nous devons donc nous borner à ces notions succinctes.

Décemvirs. — Il en est de même pour les décemvirs. Ceux-ci jugeaient vraisemblablement les procès sur la liberté et le droit de cité (3).

Les juges nommés pour une affaire spéciale étaient tout d'abord le *judex unus* dont nous nous sommes principalement occupés jusqu'ici, et les *recuperatores* sur la compétence desquels nous avons eu l'occasion de nous

(1) Cicéron, 2^e act. in *Verrem*, I, 45 ; Gaius, IV, 91, 93, 95,

(2) Dial. de or. 38.

(3) Pomponius, ll. 2, 29, Dig., I, 5.

expliquer plus haut : nous n'y reviendrons donc pas ici, nous référant à ce que nous en avons dit.

§ VII. — *Des magistrats sous le système de la procédure extraordinaire.*

Lorsque la confusion du *jus* et du *judicium* fût un fait accompli, le magistrat, au lieu de renvoyer à un juge la solution du litige, en connaissait lui-même et rendait la sentence. Les magistrats étaient donc en même temps les juges et pouvaient par conséquent en cette qualité engager leur responsabilité.

Il faut distinguer à cette époque : les juges supérieurs, les juges ordinaires et les juges inférieurs.

A la tête des juges supérieurs était l'empereur, puis dans chaque préfecture il y avait un préfet du prétoire, jugeant *vice sacra* c'est-à-dire sans appel comme représentant l'empereur. Ces préfets du prétoire étaient par conséquent au nombre de quatre : un pour la préfecture d'Orient, un pour celle d'Illyrie, un pour celle d'Italie et un pour celle des Gaules. Bien qu'en principe, ils connussent de l'appel des procès jugés par les magistrats ordinaires, ils pouvaient cependant statuer en premier ressort, pour des causes qu'ils évoquaient à leur tribunal. Puis dans chaque diocèse se trouvait un vicaire des sentences duquel l'appel était permis (1).

Les juges ordinaires étaient : dans les deux capitales, Rome et Constantinople, le préteur et le *præfectus urbis*, dont les pouvoirs ont été s'augmentant ; dans les pro-

(1) L. 19, C. *De appellationibus*, VII-62.

vinces, le gouverneur, appelé habituellement *rector provinciae* et qualifié également des titres de proconsul, *consularis*, *corrector*, ou *præses*, suivant l'importance de la province ou sa dignité personnelle.

Quant aux magistrats inférieurs ils étaient : tout d'abord les magistrats municipaux qui existaient déjà sous la procédure formulaire, puis les *defensores civitatis* et enfin les *judices pedanei*.

Les magistrats municipaux dans les municipes et les colonies étaient à l'origine élus par leurs concitoyens, puis plus tard se recrutèrent au moyen de la cooptation : ils étaient appelés *duumviri* ou *quatuorviri juridicundo*.

Les *defensores civitatis* avaient été institués par Valentinien pour signaler à l'administration impériale les abus dont pouvaient se rendre coupables ses agents. Ils étaient élus par leurs concitoyens ou par les principaux d'entre ceux-ci. Ce n'est que plus tard qu'ils eurent une compétence judiciaire, mais elle fut toujours fort restreinte : Justinien en fixa le maximum à 300 sous d'or (1).

Quant aux *judices pedanei* ils furent probablement créés pour décharger les magistrats du jugement des petites affaires, lorsque disparut sous Dioclétien la distinction du *jus* et du *judicium*. Leur compétence, qui fut toujours restreinte aux causes de peu d'importance, fut fixée par Justinien à 300 solides. Au reste l'expression de *judex pedaneus* était antérieure à l'institution de ceux dont nous nous occupons en ce moment, ils conservèrent ce nom au Bas-Empire probablement parce qu'ils ne siégeaient pas sur un tribunal proprement dit. Étaient-ils pris parmi les citoyens ordinaires comme au temps

(1) Nouvelle XV, ch. 3, § 2.

de la procédure formulaire, ou constituaient-ils un corps de fonctionnaires distinct ? Il est probable qu'à l'origine il en fut comme du juge de l'époque classique, mais après Zénon qui décida que dans chaque prétoire un certain nombre serait désigné d'avance, ils formèrent un corps spécial et séparé.

CHAPITRE II

CAS OU LE JUGE FAIT LE PROCÈS SIEN.

Maintenant que nous avons étudié ce qu'est le *judex*, nous pouvons voir dans quels cas il engage sa responsabilité : « il fait le procès sien », suivant l'expression si énergique de Justinien et des textes classiques, puis il ne nous restera plus qu'à rechercher ce qui résulte de ce fait, c'est-à-dire les conséquences qu'ont pour le juge les actes dont nous allons nous occuper maintenant.

Le juge fait le procès sien lorsqu'il manque à ses devoirs. Mais parmi ces devoirs quels sont ceux dont l'inobservation entraîne pour lui cette conséquence ? Et dans quelle mesure ce manquement doit-il avoir eu lieu ? Est-il nécessaire pour que cette sanction soit encourue qu'il y ait fraude ou dol de sa part ou une simple négligence suffit-elle ? Ce sont là les points que nous allons nous efforcer de mettre en lumière. Une difficulté de ce sujet est le petit nombre ou l'obscurité des textes que nous possédons. Nous nous efforcerons en les étudiant de près, d'en dégager les notions les plus précises qu'il nous sera possible pour la détermination du point qui nous occupe. Mais avant de montrer quels sont ceux parmi les devoirs du juge dont la violation constitue le quasi-délit dont nous nous occupons (nous employons quant à présent cette expression de quasi-délit consacrée

par l'usage, sauf à nous expliquer à ce sujet dans notre troisième chapitre), il importe d'avoir une notion exacte des principaux de ces devoirs et de savoir ce qu'est à proprement parler l'*officium judicis*.

SECTION I

De l'*officium judicis*.

L'expression « *officium judicis* » souvent employée dans les textes et par Justinien lui-même au titre 17 du IV^e livre des Institutes a été l'objet de diverses interprétations. Elle comprend l'ensemble des devoirs du juge ainsi d'ailleurs que ses droits et les principes auxquels doit se conformer le *judex* pour remplir la mission que le magistrat lui confie.

Le premier des devoirs du juge est de venir juger.

Aussi bien trouvons-nous là tout d'abord un des cas par lequel le juge engage sa responsabilité, c'est lorsqu'il fait défaut.

Macrobe (II, 12) dit en effet :

Ubi horæ decem sunt, jubent puerum vocari ut consilium eat, percontatum, quid in foro... inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant, etc.

Le juge doit donc aller au *comitium* pour éviter de faire le procès sien, s'il fait défaut au jour dit c'est contre lui que l'action sera ensuite intentée. C'est un point qui n'est pas douteux. Mais quand devait-il aller au *comitium* et qu'était exactement ce *comitium* ?

Le juge pour rendre la justice devait tout d'abord se conformer aux ordonnances du magistrat, toutefois il y

avait des usages établis auxquels on obéissait habituellement.

La justice se rendait à l'origine en plein air dans la partie du forum appelée le *comitium*, entre le Capitole et le Mont Palatin (1). C'est là le lieu qui est désigné par le texte que nous venons de citer. Toutefois cet endroit s'étant trouvé par la suite trop exigü, César et Auguste créèrent deux nouveaux *fora* : forum Cæsaris et forum Augusti (2). Peu à peu on prit l'habitude de juger dans des salles fermées.

Bien qu'en principe le juge siégeât seul, il avait néanmoins le droit de se faire assister d'un *consilium* composés d'hommes expérimentés connaissant le droit et les affaires nommés *adseors*. Peu à peu la coutume s'en développa et devint une obligation imposée par les mœurs. Le juge consultait ses assesseurs avant de rendre sa sentence mais il n'était aucunement obligé de se conformer à leur avis. Il s'ensuit que le juge, n'eût-il fait que se ranger à l'opinion de ses *adseors*, en prononçant sa sentence, avait seul à en supporter les conséquences, et n'était en rien couvert par leur avis qui ne l'empêchait pas de faire le procès sien. Mais plus tard, sous l'Empire, ces *adseors* devinrent un des rouages réguliers de la justice, ils reçurent même un salaire (3). Il s'agit ici non plus des conseillers du juge du système de la procédure formulaire, mais des auxiliaires du magistrat rendant la sentence lorsque la distinction du *jus* et du *judicium* eût disparu. Toutefois le caractère d'u-

(1) Aulu-Gelle, XX-I.

(2) Suétone, *Cæs.* 26. *Aug.* 29.

(3) L. 4, Dig., *De extraord. cogn.* L. 13.

nité du juge romain qui continua à subsister sous le système de la procédure extraordinaire et les règles de la responsabilité du magistrat qui ne se modifièrent pas à cette époque comme nous aurons l'occasion de le dire plus loin, nous portent à croire, à défaut de textes et de renseignements précis, qu'alors il en était de même et que les assesseurs continuaient dans ce cas à donner un simple avis qui pouvait ne pas être suivi et par conséquent ne les engageait en rien.

Le juge, avons-nous dit, doit venir juger et son défaut l'expose à faire le procès sien. Toutefois il n'est pas absolument forcé de rendre une sentence. Lorsqu'il a entendu les parties qui ont comparu devant lui, que les plaidoiries ont été faites, que les preuves ont été produites, si malgré tout il ne peut arriver à se former une conviction, il affirme sous la foi du serment qu'il ne voit pas clair (*sibi non liquere jurando*) et au moyen d'une *translatio judicii*, l'affaire est renvoyée devant un nouveau juge et l'instance *in judicio* est reprise.

Aulu-Gelle raconte à ce propos dans ses *Nuits Attiques* (1) qu'ayant été nommé juge il se trouva fort embarrassé. On réclamait devant lui une somme d'argent comptée et délivrée, disait-on, mais le demandeur n'établissait sa créance ni par titres, ni par témoins et s'appuyait sur de très faibles arguments. Or ce demandeur était un homme d'une probité irréprochable et d'une loyauté à toute épreuve, tandis que le défendeur avait une conduite honteuse et déshonorante et avait été mille fois convaincu de mensonges et de perfidies. Que devait dès lors faire le juge ? Ses assesseurs lui conseillaient de

(1) Livre XIV, 2.

renvoyer le défendeur absous puisque le prêt n'était établi par aucune preuve légale, mais il ne pouvait se résoudre à donner tort à un honnête homme qui en son âme et conscience avait certainement raison. Il s'en fut consulter le philosophe Favorinus qui après lui avoir parlé des droits et des devoirs du juge, lui donna le conseil de suivre l'avis du sage M. Caton qui disait que dans le cas où le bon droit ne pouvait être établi, ni par titres, ni par témoins, il fallait donner raison au plus probe. Toutefois le juge n'osa condamner sur les mœurs des parties et non sur les preuves du fait, jura que l'affaire n'était pas claire pour lui et fut ainsi débarrassé de cette décision.

Le refus de statuer lorsqu'il se produit dans ces circonstances particulièrement solennelles ne constitue donc pas un déni de justice et par suite n'engage pas la responsabilité du juge. Mais il faut cependant que celui-ci soit d'entière bonne foi : s'il prêtait ce serment pour arriver d'une façon détournée à favoriser l'une des parties, pour permettre la péremption de l'instance ou pour tout autre motif intéressé, dans ce cas il pouvait s'exposer à faire le procès sien. Tandis que si en réalité, en son âme et conscience, il ne peut arriver à discerner de quel côté est le bon droit, il y a là cas de force majeure qui n'engage pas plus sa responsabilité que toute autre cause indépendante de sa volonté qui l'empêcherait de juger.

Si le juge ne fait pas le procès sien en évitant de la sorte de rendre la sentence en est-il de même s'il prononce un jugement, à un moment où l'exercice de la justice est illégal ?

A Rome la justice ne se rendait pas tous les jours, il y avait une foule de restrictions. Nous trouvons tout d'abord le système des *dies fasti* et des *dies nefasti*. Il s'agissait là de motifs purement religieux qui prohibaient absolument l'exercice de la justice à de certains jours qui étaient au nombre d'environ 53 dans l'année. Le magistrat qui remplissait son office ce jour-là ne faisait pas un acte nul, il offensait simplement la divinité à laquelle il devait une réparation. Dès lors nous n'avons pas à examiner si le juge jugeant un *dies nefastus*, pouvait faire le procès sien ; au surplus il n'est pas certain que cette prohibition s'appliquât au juge, mais peut-être simplement au magistrat : dans les textes parlant de *dies nefasti* il n'est en effet question que des magistrats et jamais des *judices*. Cependant il est probable que des débats judiciaires ne pouvaient pas avoir lieu ces jours-là ; le juge en effet exerçait une délégation de l'autorité du magistrat, et les prohibitions qui entravaient l'action du premier devaient dès lors s'étendre à celles du second.

Il n'y avait, à l'inverse, à l'origine que 45 et après César 55 *dies fasti*, jours entièrement et exclusivement réservés à l'exercice de la justice, mais il faut y ajouter les *dies comitiales* au nombre de 194, qui pouvaient à défaut de réunion des *comices* être employés à juger.

Il y avait en outre des *dies intercesi* qui étaient *fasti* pour une partie de la journée et *nefasti* pour une autre, ils tenaient donc le milieu entre les deux catégories précédentes.

Le juge ne s'exposait pas non plus aux conséquences

de l'acte par lequel il fait le procès sien lorsqu'il siégeait contrairement à la loi, parce que la violation de cette prohibition avait pour résultat non pas la nullité de la procédure, mais entraînait pour lui l'obligation d'une réparation à la divinité *piaculari hostia* (1) et que la sentence subsistait entière. D'ailleurs ces prohibitions disparurent lorsque se produisit l'affaiblissement du sentiment religieux, mais furent alors remplacées par d'autres vers la fin de la République et au commencement de l'Empire, qui avaient des conséquences plus graves. Il s'agit du système des jours de fêtes et de jeux (*festi, profestique dies*).

Tout fait de la procédure, accompli un jour de fête, était nul, qu'il s'agit de l'acte d'un magistrat ou d'un juge. C'est ce que dit expressément la loi VI au Digeste, livre II, titre 12. *De feriis* « *si feriatis diebus, fuerit judicatum, lege cautum est, ne his diebus, judicium sit, nisi ex voluntate partium ; et quod aliter adversus ea judicatum erit, ne quis judicatum facere, neve solvere debeat : neve quis, ad quem de ea re in jus aditum erit, judicatum facere cogat*. Nous voyons donc cependant que la volonté des parties pouvait empêcher cette nullité et faire valoir le jugement ; c'est une preuve de la puissance du consentement mutuel des plaideurs pour faire disparaître les obstacles religieux et politiques.

L'*arbiter compromissarius* ne pouvait pas non plus être forcé de juger les jours de fête (2). Nous avons eu l'occasion plus haut de parler de cet *arbiter compromissarius* et d'indiquer les principales différences entre sa mission

(1) Varron, VI-29, 30.

(2) L. 13, § 3, et l. 36, Dig., *De Receptis*, IV, 8.

et celle du juge, nous voyons maintenant une analogie qui au premier abord peut paraître de peu d'importance, mais qui montre cependant que son rôle n'était pas purement et uniquement privé mais qu'il remplissait en quelque sorte une mission analogue à celle du juge proprement dit.

Or les jours de fêtes étaient fort nombreux à Rome, sous Claude ils comprenaient plus de la moitié de l'année. Il fallait ajouter aux jours de fêtes des jours de jeux qui étaient allés jusqu'à 102, Auguste les réduisit à 72, ses successeurs en abolirent également mais par contre en créèrent souvent. Il y avait en outre les vacances judiciaires, le temps des moissons et des vendanges (1). Marc-Aurèle refondit tout ce système et le simplifia, il porta à 230 le nombre des jours où l'on pouvait rendre la justice. Toutefois les plaideurs pouvaient en temps prohibé se rendre auprès du magistrat et obtenir la formule pour ne pas laisser périmer leurs droits (2).

Quelles étaient les conséquences d'un jugement rendu en temps prohibé ? Ce jugement était nul s'il était prononcé un jour de fête ou de jeux (rien ne nous autorise à supposer qu'il existât une sanction aussi sévère pour un jugement rendu pendant les vacances). Mais dans ces conditions la responsabilité du juge pouvait-elle se trouver engagée ? Nous avons vu dans le texte d'Ulpien cité plus haut (3), que l'accord de volonté des parties pouvait couvrir cette nullité, mais il fallait que tous les plaideurs se fussent entendus et que le juge y eût consenti.

(1) L. 1, pr. Dig., *de feriis*, II, 12.

(2) L. 1, § 2, Dig., *eod.*

(3) L. 6, Dig. II, 12.

Si à l'inverse la faute était imputable au juge, si malgré le défendeur ou à son insu il rendait sa sentence un jour de fête, dans ce cas il pouvait faire le procès sien et assumer sur sa tête la responsabilité dont nous verrons plus loin les conséquences.

Que si c'était non point par négligence mais par collusion avec l'une des parties que le juge rendait la sentence malgré l'absence légale du défendeur, ce ne serait pas seulement d'une faute proprement dite, mais d'un fait de corruption qu'il aurait à répondre.

Le juge devait de toute nécessité rendre sa sentence dans un certain délai qui était de dix-huit mois pour les *judicia legitima*, et qui expirait avec les pouvoirs du magistrat qui l'avait nommé pour les *judicia imperio continentia*. Si par sa seule faute il laissait passer le temps prescrit il devait en subir les conséquences et assumer les risques du procès, nous rentrons alors dans un cas analogue à l'hypothèse précédente. Si le juge laisse de la sorte périmer l'instance de complicité avec l'une des parties, il y a lieu d'appliquer les règles posées plus loin pour le cas où le juge rend une sentence injuste, gagné par l'un des plaideurs. La péremption de l'instance ou le jugement nul comme ayant été rendu un jour de fête procurent le même résultat que l'absolution du défendeur prononcée par le juge : le demandeur a en effet épuisé son droit par la *litis contestatio*. Dès lors les règles de la responsabilité sont les mêmes, qu'il y ait jugement rendu injustement, ou que le jugement ait été rendu nul, ou ne puisse plus être rendu du tout par suite de péremption d'instance, et tout ce que nous dirons plus loin à

l'occasion du premier de ces cas, pourra exactement s'appliquer aux deux autres.

Après avoir ainsi examiné les devoirs en quelque sorte préliminaires du juge qui sont : tout d'abord de ne pas faire défaut, de venir juger, puis de le faire un jour où il soit permis de s'occuper de l'exercice de la justice et de ne pas laisser périmer l'instance, nous allons nous occuper de *l'officium judicis* quant au fond c'est-à-dire des principes auxquels devait se conformer le *judex* pour rendre sa sentence et par l'inobservation desquels il pouvait se trouver amené à engager sa responsabilité.

Nous allons tout d'abord parler des devoirs du juge en général, de ceux qui se rencontrent aussi bien dans les actions de droit strict que dans les actions de bonne foi, puis nous verrons ensuite s'il y a lieu de faire des distinctions au point de vue de sa responsabilité entre les différentes sortes de procès.

L'*officium judicis* en général peut se résumer en deux grandes règles par l'inobservation desquelles le *judex* peut s'exposer à faire le procès sien. Le juge doit tout d'abord juger en se conformant à la vérité des faits et aux prescriptions des lois, il doit ensuite obéir scrupuleusement à la formule délivrée par le magistrat.

§ I. — *Le juge doit se conformer à la vérité des faits et aux prescriptions des lois.*

Avant d'entrer en fonctions, le *judex* régulièrement choisi et institué prêtait serment de juger en se conformant à la vérité et à l'observation des lois : *omnimodose cum veritate et legum observatione judicium esse dis-*

positurum (1). C'est là le principe des obligations du juge rappelées au commencement du titre 17 du livre IV des Institutes (2). *Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.* Justinien ne parle pas du *cum veritate* qui fait partie du serment relaté au Code ; il faut ne voir ici qu'un sous-entendu ; Justinien a supposé cette obligation comme acquise et n'a pas jugé indispensable de la rappeler dans cette phrase où il a posé simplement la règle générale qu'il a développée ensuite dans ses applications.

Le juge doit donc juger conformément à la vérité des faits.

C'est là la première règle et la plus importante à notre point de vue, celle dont la violation exposera le plus souvent le juge à faire le procès sien. Lorsqu'en effet un juge se sera laissé corrompre ou qu'il voudra rendre une sentence injuste par faveur, par inimitié ou pour quelque autre motif, c'est habituellement en méconnaissant la vérité des faits qu'il y arrivera. Il y a en effet, dans l'appréciation des événements et des circonstances d'une affaire, tellement de points obscurs, de situations pouvant aboutir à des conclusions diverses, que le juge trouvera là certainement le moyen d'atteindre son but en s'exposant le moins possible aux conséquences de son action. Il est bien certain qu'il n'ira pas, pour rendre une sentence injuste, violer ouvertement une loi bien connue ou désobéir à la formule qu'a délivrée le magistrat pour qu'immédiatement il soit pris à partie par le plaideur

(1) L. 14, pr. C. *De jud.* III, 1.

(2) *De off. jud.*

lésé et qu'il subisse dès lors les peines qu'il aurait encourues et dont nous nous occuperons plus loin. Bien au contraire il feindra d'obéir exactement aux lois et aux constitutions, ainsi qu'à la règle qui lui aura été tracée, et il cherchera, dans les circonstances de l'affaire, le moyen de fausser la vérité des faits et d'arriver ainsi à une conclusion contraire à la réalité.

Mais si en fait le juge corrompu agira le plus souvent de la sorte, les textes qui parlent du cas où le juge fait le procès sien envisagent habituellement l'autre hypothèse, celle où il y a violation de la loi ou des constitutions. C'est qu'en effet la preuve sera bien plus facile et qu'en outre cette circonstance fait assumer au juge les conséquences du procès même quand il y a simple faute de sa part, il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol, comme nous essayerons de l'établir plus loin : tandis qu'une appréciation inexacte des faits sans dol par le juge n'a pas pour résultat de lui faire faire le procès sien : nous voyons en effet Cicéron reprocher comme un crime à Verrès d'avoir enlevé aux juges leur indépendance en les menaçant de peines s'ils faisaient une appréciation inexacte des faits (1). Il faudra donc dans ce cas, pour que le juge puisse être poursuivi, qu'il soit bien établi que c'est sciemment et par dol qu'il ne se sera pas conformé à la vérité. Mais si cette preuve sera généralement difficile, il n'en est pas moins certain que dans ces circonstances le juge fera le procès sien tout aussi bien que lorsqu'il viole la loi.

Le juge, avons-nous dit, doit observer les prescriptions des lois. Ce principe qui faisait partie du serment que

(1) Cic. I, *Verr.*, II, 13.

nous avons cité plus haut et qui est consacré par Justilien aux Institutes montre bien que le *judex* n'était pas simplement, ainsi qu'on l'a prétendu à tort, juge dupoint de fait, comme le juré français, mais qu'il avait à en faire l'application. C'est au surplus ce que dit Cicéron (1) : *Judicia privata magnarum rerum in quibus sæpe non de facto sed de æquitate ac jure certatur.*

Nous trouvons dans cette obligation un des cas les plus fréquemment prévus par les textes où le juge fera le procès sien.

Judex tunc litem suam facere intelligitur, dit Ulpien (2), *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* : le juge est réputé avoir fait le procès sien lorsque par dol il rend une sentence contraire à la loi.

D'après ce texte fondamental en notre matière il n'y a aucun doute, le juge fait le procès sien lorsqu'il viole la loi ; mais Ulpien spécifie bien : *dolo malo*, dit-il. A-t-il voulu citer un cas où le juge engage sa responsabilité, ou bien dire tout au contraire qu'il fallait qu'il y eût dol pour que le juge fasse le procès sien ? Avant de résoudre cette question, examinons l'explication que donne Ulpien de cette expression de *dolo malo* et qui forme la fin du texte : « *Dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes ut veram æstimationem litis præstare cogatur.* Il y aura incontestablement dol s'il est convaincu d'avoir calculé la valeur pécuniaire du litige sous l'inspiration ou bien de la faveur, ou bien de la haine ou même du gain.

Lorsque le juge se décide par faveur, inimitié, ou bien

(1) *De Or.*, I, 38.

(2) L. 15, Dig. *de Jud.*, V, 1.

qu'il a été acheté, il fait le procès sien. Le *judex* doit être impartial et condamner son meilleur ami s'il a tort. *Ponit enim personam amici quum induit judicis* (1). Il doit de même donner raison à son plus mortel ennemi et enfin ne pas se laisser corrompre. Voilà, dit Ulpien, ce qui constitue les cas où le juge fera le procès sien.

Mais que voyons-nous dans ce texte ? Il faut qu'il y ait dol pour que le juge fasse le procès sien en violant la loi. Puis Ulpien explique ce qu'il entend par dol, mais en l'appliquant à une pure question de fait : l'évaluation de la valeur du litige ! Et les Institutes disent bien clairement (2) « *licet per imprudentiam* » le juge fait le procès sien s'il n'a qu'une faute à se reprocher. Dans quel cas pourra-t-il donc n'avoir qu'une faute à se reprocher si ce n'est en faisant une fausse application de la loi ? Nous aboutissons donc à cette conclusion forcée que nous avons dite plus haut : pour que le juge fasse le procès sien, il suffit d'une faute dans l'application de la loi, il faudra un dol s'il s'agit de l'interprétation des faits. Mais alors comment expliquer le texte d'Ulpien que nous venons de citer ? Par un *a fortiori* : il est bien évident que si le juge fait le procès sien quand il viole la loi en commettant une simple faute, à bien plus forte raison encourt-il cette responsabilité lorsque c'est par dol qu'il le fait. Et quant à cette loi dont parle Ulpien est-il bien certain qu'il s'agisse ici des règles du droit ? N'est-il pas plutôt question de la formule qui est la loi des parties et du juge et dans cette formule du *quod interest* de l'estimation du litige dont il est exclusivement question dans

(1) Cic., *De off.*, III, 10.

(2) IV, 5.

la seconde partie du texte ? Tout nous porte à le croire, notamment la disposition du texte qui pose d'abord un principe qu'il développe, car sans cela quel rapport y aurait-il entre la première phrase et la seconde ? Ulpien se serait d'abord occupé du cas où le juge viole la loi et pour expliquer cela il se serait placé dans l'hypothèse où il fait une fausse estimation du litige, situation qui n'a aucun rapport avec la précédente et à laquelle on ne peut appliquer les mêmes règles ? Il est donc bien certain que le juge fera le procès sien lorsqu'il viole la loi même sans qu'il y ait dol de sa part. Deux textes confirment ce principe posé par Justinien aux Institutes. C'est tout d'abord la loi 5, § 4 au Digeste, liv. XLIV, titre 7, puis la loi 6 du livre IV, titre 13. Ces deux textes qui sont de Gaius sont à peu près identiques tout au moins pour ce qui nous occupe quant à présent : *si judex, litem suam fecerit..... et utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam.....* Le juge fait donc le procès sien dès qu'il commet une faute même par imprudence. L'intention coupable inspirée par la faveur, l'inimitié ou l'appât du gain n'est pas nécessaire, dès qu'il a violé la loi le juge est responsable et doit en supporter les conséquences.

C'est ce qui explique dès lors les conseils dont s'entourait le juge, le rôle de ces *adsestres* dont nous avons parlé et enfin ce droit qu'avait le *judex* de consulter le magistrat (1).

C'était donc un des devoirs les plus rigoureux du juge de se conformer aux lois, il n'en était pas absolument de même de l'*arbiter compromissarius* dont nous avons

(1) L. 79, § 1, Dig., V, 1.

parlé plus haut et qui, ne tenant pas ses pouvoirs de l'autorité publique mais de la simple volonté des parties, avait pour devoir essentiel de se conformer à cette volonté qui pouvait être de laisser de côté la lettre de la loi pour s'en tenir à son esprit et à l'équité. En effet, à une époque où les frais de justice n'existaient pas, on ne peut guère expliquer que par ce désir la substitution de l'arbitre au juge ordinaire. C'était là la différence capitale entre le *judex* et cette sorte d'*arbiter* au point de vue qui nous occupe. Celui-ci pouvait être pris à partie aussi bien que le *judex* quand il agissait frauduleusement ou qu'il rendait sa sentence par faveur, inimitié ou appât du gain.

§ II. — *Le juge doit se conformer à la formule.*

Le juge doit suivre la formule, celle-ci fût-elle en contradiction avec la loi et lui ordonnât-elle une injustice : c'est une obligation rigoureuse pour lui, celle dont il doit tenir compte en premier lieu. La formule est la loi du juge, il ne lui est point permis de s'en écarter, en le faisant il s'exposerait à faire le procès sien, *judicem formula includit*, dit Sénèque (1).

Nous trouvons plusieurs applications de ce principe rigoureux notamment en matière de *plus petitio* ; il est bien certain que le juge qui n'absoudrait pas le défendeur auquel on réclame 100 alors qu'il ne doit que 50, ferait le procès sien ; de même et pour ces hypothèses nous avons des textes que nous étudierons bientôt lorsque nous parlerons des devoirs des juges dans certains

(1) *De beneficiis*, 3, 7.

cas particuliers, il engage sa responsabilité quand il condamne à plus ou à moins dans le cas de *condictio certi*, ou qu'il dépasse la *taxatio* dans celui de *condictio incerti cum taxatione*.

Cicéron cite plusieurs cas assez curieux aboutissant de la sorte à une injustice mais où le juge ne peut se dispenser d'obéir aveuglément à la formule ; aussi rend-t-il Verrès responsable de toutes les iniquités accomplies en Sicile grâce à ce procédé. Après avoir expliqué (1) que le préteur désignait le *judex* qui lui plaisait et que ce *judex* faible et sans conscience jugeait suivant la volonté du préteur. « Si de plus, ajoute-t-il, ce préteur délivre une formule telle que L. Octavius Balbus, *judex*, homme très instruit dans le droit et dévoué à ses devoirs ne pourra juger autrement ; si la formule par exemple est ainsi rédigée : « Que Lucius Octavius soit *judex*, s'il « est établi que le fonds *Capenate* dont il s'agit est à « P. Servilius, d'après le droit des Quirites et si ce fonds « n'est pas restitué à Q. Catulus ». Lucius Octavius ne devait-il pas contraindre Servilius à restituer le fonds à Catulus ou condamner celui qui ne devrait pas être condamné ? » Nous voyons donc par cet exemple que le juge le plus instruit et le mieux attaché à ses devoirs ne peut se soustraire à l'obligation d'obéir aveuglément à la formule au risque de commettre une iniquité.

Cicéron cite un autre exemple (2) : Agonis, dit-il, était affranchie de Vénus Erycine demeurant à Lilybée et fort riche. Ayant eu à se plaindre d'un capitaine de la flotte d'Antoine qui voulait lui enlever des esclaves, elle avait

(1) In *Verr.*, 2^e act., II, 12.

(2) In *Cécil.* div., 17.

invoqué un privilège conféré aux personnes vouées au service de Vénus, elle avait déclaré qu'elle et tous ses biens appartenaient à cette déesse. Alors, continue Cicéron, « A peine Cecilius le questeur, homme doué de bonté et de justice, apprend-t-il cette nouvelle, qu'il ordonne qu'on fasse venir Agonis ; il délivre de suite la formule. La question était de savoir s'il apparaissait (*si pareret*) qu'Agonis eût dit que sa personne et ses biens appartenaient à Vénus. Les *recuperatores* jugent, ce qui était inévitable, car il n'était pas douteux qu'elle eût prononcé ces paroles. Cecilius envoie prendre possession des biens d'Agonis, l'adjudge comme esclave à Vénus, il vend ensuite son patrimoine et en fait de l'argent ».

Remarquons qu'il est question ici non plus d'un juge, mais de récupérateurs. Cet exemple prouve que les juges et les récupérateurs avaient des devoirs identiques.

Donc, en tous cas, qu'il s'agisse d'un *judex* ou de *recuperatores*, une fois la formule délivrée, le devoir rigoureux est de s'y conformer directement. Il est dès lors bien certain que la même sanction y était attachée et que tout récupérateur faisait le procès sien de même que notre *judex*. Mais ici se posent plusieurs questions : comment étaient tenus les récupérateurs ? Etaient-ils solidairement et également responsables ? Pouvait-il au contraire y avoir une part plus ou moins grande de responsabilité suivant la part effective qu'ils avaient prise à la faute commise ? A notre connaissance il n'existe aucun texte qui nous fournisse une réponse positive à ces questions : nous en serons donc réduits à appliquer à ce cas les principes généraux des fautes et des délits. Au

surplus le silence des textes peut s'expliquer par la rareté relative des cas dont il s'agit : il est certain que si nous ne trouvons pas de dispositions formelles en cette matière c'est que dans la pratique ce cas était fort rare et que peut-être il ne s'est jamais présenté. En effet, indépendamment de cette circonstance que l'on avait moins souvent recours aux récupérateurs qu'au juge, la fraude et la corruption devaient se glisser moins facilement dans un tribunal composé de plusieurs personnes que dans celui où n'en figurait qu'une seule. De là, sur ce point le silence des textes, d'où nous pouvons conclure que la question ne se posait pas dans la pratique et ne recevait pas de solution spéciale.

Cette obligation pour le juge aussi bien que pour les récupérateurs de se conformer exactement à la formule délivrée alors même que cette obéissance devrait entraîner une violation du droit ou de l'équité, prouve bien que la véritable loi du juge était la formule elle-même.

Il en était de même pour l'*arbiter ex compromisso*, dont nous avons déjà parlé : ce qui lui tenait lieu de formule, étaient les termes mêmes du compromis d'où il tirait ses pouvoirs. Il devait sous peine d'engager sa responsabilité se conformer rigoureusement aux prescriptions qu'il renfermait (1). Mais, et c'est là la différence capitale entre le juge et l'*arbiter compromissarius*, à moins que le compromis ne lui eût fait une obligation positive du contraire, celui-ci ne relevait que de sa conscience et ne devait s'inspirer que de l'équité.

Dans son rôle d'interprète, c'est donc moins la lettre de la loi ou du contrat que leur esprit qu'il avait à con-

(1) L. 32, § 15, Dig., *De receptis*, IV, 8.

sidérer, à la différence du juge de l'action de droit strict, et à l'exemple de celui de l'action de bonne foi,

SECTION II

Devoirs du juge dans quelques cas particuliers.

L'étude de tous les cas particuliers où le juge pouvait faire le procès sien nous conduirait à refaire complètement la théorie des actions, nous ne passerons donc en revue que quelques-uns d'entr'eux qui nous montreront l'application à notre sujet des principes généraux que nous avons exposés.

Les devoirs du juge dans une action *stricti juris* sont bien plus étroits et en quelque sorte bien plus simples que dans une action *bonæ fidei*. Comme il s'agit d'une obligation unilatérale, il n'a qu'à vérifier l'exactitude de l'*intentio*, puis à prononcer la condamnation ou à absoudre le défendeur. Le juge applique ici les règles du droit pur, s'il s'en écarte il fera le procès sien. Ces devoirs étant de la sorte bien plus restreints ; plus nettement définis, il sera d'autant plus facile d'appliquer les règles de sa responsabilité, et s'il viole la loi ou les injonctions de la formule, de lui faire supporter les conséquences de son dol ou même simplement de sa faute.

Dans les *condictiones certi* notamment, le *judex* a pour mission de condamner à une somme déterminée qu'il ne peut dépasser ni en plus ni en moins, s'il le fait il engage sa responsabilité : c'est ce que dit très nettement Gaius au § 52 du livre IV de ses Institutes, texte malheureusement fort altéré, et que le patient travail de M. Studemund, n'a pu parvenir à rétablir dans son intégralité.

Voici ce que dit Gaius : « *Qui de re judex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet, et si certa pecunia in condemnatione posita non sit. Debet autem judex attendere ut cum certæ pecuniæ condemnatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter litem suam facit, minoris autem damnare ei permissum est. At si etiam... legi nequit... qui formulam acci... intendere debet nec am... certa condemnatione constringi... r... e... aud... am accepia... icip... usque velit* (1).

Il y a là sept lignes de texte qui n'ont pu être déchiffrées par Studemund dans la préparation de son *Apographum* : d'après lui Gaius ferait allusion à l'attention que les parties devaient apporter à la rédaction de l'*intentio* ; il traitait ensuite de la *condemnatio infinita* finissant par *potest condemnare quousque velit*. Cette lecture du texte fait écarter les reconstitutions qu'en avaient proposé plusieurs jurisconsultes notamment Huschke qui avait ajouté dans l'intervalle un paragraphe 52^a.

Quoi qu'il en soit ne nous occupons que de la partie du texte dont l'authenticité est certaine et d'ailleurs c'est celle-là qui a trait directement à notre sujet. Les premiers mots ont été rétablis de diverses façons : *Quod de eare visum est* (Heffter), *quadere* (Bluhme), *quidere vero est* (Huschke) et *quid ergo est* (Lachmann). Arrêtons-nous à cette dernière lecture généralement adoptée. « Quoi qu'il en soit, lorsque le juge prononce une sentence elle doit avoir pour objet une *certa pecunia*, autrement dit porter sur une somme d'argent déterminée même si dans la formule la *condemnatio* n'indique aucune somme. Il doit avoir soin dans le cas où la *con-*

(1) Édition de M. Dubois, p. 438.

demnatio est certa, de faire en sorte de ne pas condamner le défendeur à une somme supérieure ou inférieure, sinon il fait le procès sien. De même, si une *taxatio* lui est imposée, il ne doit pas condamner à une somme supérieure, sinon il ferait encore le procès sien. Il lui est permis de condamner à moins ».

Le premier des devoirs du juge dont s'occupe Gaius est donc de prononcer une condamnation pécuniaire quelle que soit la nature de l'objet litigieux. Supposons maintenant que la *condemnatio* indique la somme dont le juge devra imposer le paiement : elle sera dès lors *certa*. Pour que ce résultat soit obtenu il faudra que l'*intentio* ait été elle-même *certa*, mais la réciproque n'est pas nécessairement vraie. L'*intentio* est en effet *certa* quand elle contient l'indication de l'objet litigieux : *fundum Cornelianum*, *servum Stichum* et cette sorte d'*intentio* peut être suivie d'une *condemnatio incerta* : pour que celle-ci soit *certa* il faut que l'*intentio* ait contenu elle-même l'indication de la somme d'argent déterminée. C'est dans cette hypothèse que se place Gaius. Dans ce cas rien n'est laissé à l'appréciation du juge, si ce n'est la constatation du droit lui-même, il doit condamner à la somme entière portée dans la formule, ou absoudre. Il ferait le procès sien et ici la sanction est indiquée formellement par le texte, si dans la sentence il augmentait ou diminuait cette somme. C'est ce qui explique que dans le cas où le demandeur encourt la peine de la *plus petitio*, le juge ne peut pas condamner le défendeur à la somme qu'il doit réellement, en le faisant il s'exposerait au recours de celui-ci.

Sans que la *condemnatio* soit *certa* il arrive souvent

que le magistrat y renferme une *taxatio*, c'est-à-dire un maximum que l'on ne pourra dépasser. Il craint que le juge ne prononce des condamnations trop sévères, par suite d'une évaluation exagérée du dommage ou de l'indignation que pourrait lui causer le fait délictueux qu'il s'agit de réprimer (en cas d'*injuria atrox*, par exemple), et si celui-ci enfreignait cette disposition il ferait également le procès sien. Il lui était loisible de rester au-dessous de cette *taxatio*, mais en pratique c'était elle qui formait généralement le montant de la condamnation.

Nous avons envisagé jusqu'ici le cas d'action personnelle, le texte de Gaius tout au moins dans sa première partie, peut s'appliquer également aux actions réelles.

Le juge, dit Gaius, doit condamner à une somme d'argent : c'est l'application du principe qu'à Rome toutes les condamnations étaient pécuniaires. Quelle devait être cette somme d'argent ? Lorsque la *condemnatio* était *incerta* elle renfermait habituellement les mots : *quanti ea res est*, fallait-il entendre par là strictement la valeur de la chose litigieuse ou bien plutôt *quod interest*, c'est-à-dire l'intérêt qu'avait le demandeur à voir son droit reconnu ? Mais cette question discutée par les interprètes modernes ne paraît pas avoir fait doute à Rome, et que le devoir du juge fût de condamner seulement à la valeur de la chose ou bien aussi au *quod interest*, comme il était investi à cet égard d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire il ne répondait pas de la façon dont il l'exerçait du moment qu'il n'y avait point dol de sa part ou qu'il n'avait point obéi à l'un des motifs énoncés en la loi d'Ulpien que nous avons étudiée plus haut (1).

(1) L. 15, Dig., V, 1.

Qu'arriverait-il si le juge enfreignant les principes de la condamnation pécuniaire prononçait une sentence où il obligerait le défendeur à donner *ipsam rem* sans y faire mention d'une somme d'argent? La solution de cette question doit selon nous dépendre du parti que l'on aura pris dans la célèbre controverse de l'exécution forcée de l'*arbitrium judicis*. Supposons qu'il s'agisse d'une action réelle, d'une revendication par exemple. Si le juge condamne le défendeur *ad ipsam rem* et que conformément au texte d'Ulpien (1) nous admettions que le juge pourra faire exécuter son *jussus manu militari*, il est évident que la sentence sera parfaitement valable, et que le juge n'aura de ce fait aucune responsabilité à encourir. Si au contraire nous nous rangeons à l'opinion opposée et que nous admettions avec plusieurs jurisconsultes et notamment avec M. Labbé (2) que l'*arbitrium judicis* ne comporte point d'exécution forcée et qu'il s'agit là d'une simple faculté laissée au défendeur pour échapper à la condamnation, dans ce cas le juge qui se sera contenté d'ordonner la restitution, n'aura pas rempli sa mission, puisque si ce jugement n'est pas volontairement exécuté, il restera lettre morte et ne procurera pas satisfaction au demandeur. Celui-ci ayant épuisé son droit en justice par la *litis contestatio*, n'aura plus que la ressource de se faire indemniser par le juge du préjudice qu'il aura éprouvé par sa faute. Et remarquons qu'ici il s'agira d'une violation de la loi et que par conséquent le juge fera le procès sien quand bien même

(1) L. 68. Dig., VI, 1.

(2) Cours de Pandectes, 1888-1889.

ce serait par simple ignorance qu'il aurait omis de prononcer une condamnation pécuniaire.

S'il en était ainsi dans les actions réelles à bien plus forte raison en était-il de même dans les actions personnelles, qu'elles soient arbitraires comme l'action *ad exhibendum*, par exemple, ou non arbitraires comme la plupart d'entr'elles (1).

Tous ces cas particuliers que nous venons d'examiner peuvent au surplus se rattacher aux principes que nous avons énoncés au début : le juge fait le procès sien quand il viole la loi ou qu'il n'obéit pas à la formule, qu'il agisse soit par mauvaise foi, soit simplement qu'il y ait faute de sa part ou même par ignorance et de plus quand il ne se conforme pas à la vérité des faits, mais alors il faut qu'il y ait de sa part *dolus malus*. Nous voyons une nouvelle application de cette idée dans les devoirs du juge en matière d'actions de bonne foi, comme ici la latitude laissée par la formule sera plus grande, le nombre des cas où le juge engagera sa responsabilité sera plus restreint.

Le juge y est en effet investi d'un libre pouvoir à l'effet d'apprécier, conformément à ce que prescrit le sentiment du juste et de l'équité (*ex bono et æquo*), le montant de la restitution due au défendeur (2). Il peut compenser les obligations des parties l'une envers l'autre et ne condamner qu'au surplus, il peut également tenir compte de l'exception du dol et de toutes celles qui pouvaient s'y rattacher, proposées seulement *in judicio* et non contenues dans la formule (ce qui dans une action *stricti ju-*

(1) Gaius, IV, § 163.

(2) Justinien, *Institutes*, IV, § 6.

ris engagerait sa responsabilité), il peut allouer des intérêts et en apprécier le taux (1).

Tout ce que nous disons ici du *judex unus* sera également applicable à l'*arbiter* si toutefois on admet qu'il s'agit là d'une institution distincte de celle du *judex*. Quoi qu'il en soit du résultat de cette controverse, l'*arbiter* pris dans le sens que nous lui donnons ici fera également le procès sien, quand même par ignorance il ne se conformerait pas aux instructions du magistrat l'ayant constitué ou s'il avait violé la loi ou rendu une sentence injuste par faveur, inimitié ou appât du gain. Comme toujours il s'agira pour lui de se prononcer dans des cas où la bonne foi étant admise il pourra s'inspirer de sa conscience et de diverses considérations d'équité, il aura, de même que le *judex*, un pouvoir d'appréciation assez étendu.

L'obéissance stricte et rigoureuse que le juge doit à l'injonction du magistrat conduit à dire que sous le système de la procédure formulaire, le juge ne ferait pas le procès sien en enfreignant les règles sur la compétence que nous avons énoncées dans notre premier chapitre. Si en effet le prêteur délivre une formule où il nomme un *judex unus* et le charge de statuer soit sur une contestation entre Romains et pérégrins soit dans un procès où un magistrat d'un ordre supérieur ou égal au sien serait partie, ce *judex* peut en effet lui faire observer l'irrégularité qu'il commet, mais si le magistrat veut passer outre et persévère dans sa résolution, le juge nommé n'engagera en aucune façon sa responsabilité en prononçant une sentence qu'il saura par avance devoir être en-

(1) L., 13, C. De. usur., IV, 32.

tachée de nullité. Il doit avant tout se conformer à la formule, même au risque de violer la loi et c'est sur le magistrat qui l'aura délivrée qu'en retomberont les conséquences.

SECTION III

Du magistrat sous le système de la procédure extraordinaire.

Lorsque le système formulaire eût disparu et que le magistrat au lieu de délivrer une formule et de renvoyer devant un juge la solution de l'affaire, eût pris l'habitude d'en connaître lui-même et de rendre la sentence, pouvait-il faire le procès sien ?

Remarquons tout d'abord que la principale cause de responsabilité du juge, la désobéissance à la formule se trouve désormais sans application puisqu'il n'y a plus de formule délivrée et qu'en tous cas il y aurait identité entre la personne donnant des instructions et celle qui les reçoit, il ne nous reste donc plus à envisager que l'hypothèse où le magistrat aurait violé la loi, ou s'il s'était déterminé par faveur, inimitié ou espoir du gain.

Dans ces différents cas, le magistrat pouvait être pris à partie comme le juge par le plaideur lésé ; il n'y avait sous ce rapport aucune différence ; lorsque le système formulaire disparut en effet ce ne fut pas brusquement, en vertu d'une disposition législative unique ; bien au contraire le magistrat, qui, sous le système formulaire déjà retenait l'affaire et statuait jusqu'à la fin dans certains cas, fut amené à généraliser ce système et dès lors il se trouvait dans les mêmes conditions que tout juge

qu'il aurait choisi et avait à encourir les mêmes responsabilités. Lorsque cette coutume se répandit, le principe n'en subsista pas moins et le magistrat continua d'être considéré comme le juge de l'ancien temps et particulièrement au point de vue qui nous occupe ; il pouvait être pris à partie lorsqu'il rendait une sentence injuste.

Mais outre la responsabilité qu'il avait alors à encourir en tant que juge, ne pouvait-il être exposé à en supporter une autre en sa qualité de magistrat ? En d'autres termes, sous le système formulaire, la délivrance de la formule avait-elle des conséquences pour le magistrat ?

En principe les magistrats, durant leurs fonctions, ne pouvaient être inquiétés en raison des actes qu'ils y accomplissaient, toutefois la constitution romaine avait établi deux remèdes aux conséquences possibles de cet état de choses, d'abord les actes de tout magistrat en thèse générale pouvaient être frappés d'opposition, soit de la part d'un tribun du peuple soit d'un autre magistrat de puissance égale ou supérieure (*par majorve potestas*), en second lieu en sortant de charge, chacun d'eux pouvait être l'objet d'une accusation devant le peuple s'il avait abusé de ses pouvoirs.

Nous trouvons un exemple curieux des conséquences qu'avait pour eux l'application de tel ou tel principe, c'est une sorte de *jus talionis* établi de la manière suivante : lorsque le magistrat faisait prévaloir dans sa formule une règle de droit contraire au droit établi, il devait plus tard souffrir que dans toute affaire le concernant personnellement, la même règle de droit lui fût appliquée si son adversaire l'exigeait. Cicéron mentionne

l'application de ce principe : *qui in magistratibus*, dit-il, *eodem ipsis privatis erat jure parendum* (1). C'était là une sanction assez énergique et qui devait recevoir une certaine application dans la pratique. Sans doute il fallait que le magistrat se trouvât à son tour dans la même situation que le plaideur sur l'affaire duquel il avait eu à se prononcer, mais l'insertion au Digeste de cette règle à laquelle il est consacré un titre tout entier (2) montre qu'elle n'avait pas un simple caractère comminatoire mais qu'il pouvait en être fait des applications plus ou moins fréquentes. L'idée d'ailleurs se généralisa : ce ne fut pas seulement le magistrat qui avait établi une jurisprudence nouvelle, mais le plaideur lui-même au profit duquel elle avait été introduite qui pût se la voir opposer dans un nouveau procès où elle était susceptible de se retourner contre lui (3). Il va de soi que cette forme de responsabilité ne disparut pas lorsque le magistrat ajouta à ces fonctions celles de juge, investi seul désormais des deux rôles qui auparavant se partageaient entre lui et le *judex*, il assumait les obligations attachées à l'un et à l'autre et en encourait désormais la sanction : toutefois la dernière règle que nous venons d'examiner eut de moins en moins d'application car lorsqu'apparut la procédure extraordinaire, l'œuvre du préteur était à peu près terminée et les modifications législatives n'avaient plus lieu qu'en vertu de constitutions impériales.

(1) *Ad Quintum fratrem*, I, 1.

(2) II, 2.

(3) L. 4, Dig. II, 2.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES JURIDIQUES RÉSULTANT DE CE QUE LE JUGE A FAIT LE PROCÈS SIEN.

Il ne nous reste plus pour avoir terminé notre étude qu'à envisager les conséquences tant pour le juge que pour les parties des faits que nous avons énoncés plus haut et à la suite desquels le juge est réputé avoir fait le procès sien.

La question se présente sous un triple point de vue : 1° responsabilité pécuniaire du juge ; 2° sa responsabilité pénale ; et 3° valeur de la sentence rendue dans ces conditions.

SECTION I

Responsabilité pécuniaire du juge.

Le grand principe de la responsabilité pécuniaire du juge qui a mal jugé est indiqué par les termes mêmes dont se sont servis les textes romains : il fait le procès sien. Si cette expression a été plus tard prise dans un sens figuré, il n'a pas dû en être ainsi à l'origine où elle indiquait littéralement les conséquences qu'avait pour le juge le manquement à ses devoirs, c'était pour lui une nécessité de se mettre à la place du plaideur dont il avait méconnu les droits (1). De quelle manière s'opérait cette substitution ? Deux cas sont à considérer : 1° c'est le dé-

(1) De Keller, *Des actions*, p. 415.

fendeur qui a réussi à détourner le juge de ses devoirs ;
2° c'est au contraire le demandeur.

Dans le premier cas le juge était tenu de faire droit au demandeur et de supporter aux lieu et place du défendeur la *condemnatio* contenue dans la formule. Le demandeur une fois satisfait de la sorte le juge prenait sa place et pouvait, il est vrai, recourir contre le défendeur et lui réclamer à son tour le montant du procès.

Dans l'autre cas au contraire, le juge devait absoudre le défendeur sauf au demandeur à recommencer l'instance contre lui juge, qui de son côté pouvait recourir contre le défendeur. Ces deux situations avaient donc en pratique le même résultat : le juge faisait, au sens propre de l'expression, le procès sien puisqu'il était substitué au demandeur et avait à courir personnellement les chances de l'affaire « il se pendait au procès » comme dit si énergiquement un ancien statut allemand : *den Process sich selbst anhenkte*.

Telle était à l'origine la marche suivie, mais ce mode de responsabilité se simplifia bientôt et se transforma en un recours donné à la partie lésée. La sentence injuste une fois rendue et exécutée, qu'elle eût prononcé la condamnation ou l'absolution du défendeur, celui-ci dans le premier cas, le demandeur dans le second, recouraient alors contre le *judex* et lui réclamaient une indemnité pour le préjudice supporté. Ce second mode de réparation beaucoup plus pratique que le premier, puisque généralement les parties n'acquéraient la preuve de la malversation commise par le juge qu'après le prononcé et souvent même l'exécution de la sentence, paraît lui avoir été substitué dès avant l'époque classique.

L'ancienne expression si énergique n'en subsista pas moins, mais n'eut plus qu'un sens figuré (1).

La responsabilité pécuniaire du juge consiste dans la réparation du préjudice par lui causé vis-à-vis de la partie lésée. Le juge devant une indemnité se trouve donc obligé civilement. Mais comment sera-t-il obligé ? Et au moyen de quelle action la réparation sera-t-elle poursuivie ?

Justinien indique aux Institutes la réponse à cette double question (2).

Si judex litem suam fecerit : non proprie ex maleficio obligatus videtur ; sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam : ideo videtur quasi ex maleficio teneri ; et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

Le juge n'est donc pas, à proprement parler, obligé en vertu d'un délit. Justinien envisage ici la question en général et ne veut pas dire que le juge ne commettra jamais de délit en faisant le procès sien ; s'il se laisse corrompre, s'il viole les lois ou les constitutions, il se rend coupable et est passible de peines, comme nous le verrons plus loin. Mais la conduite du juge dont le résultat était qu'il faisait le procès sien, pouvait consister dans une simple imprudence et non dans un fait de dol ou de corruption, comme il ne devait point dans ce cas cesser d'être responsable et que d'autre part, son imprudence ne constituait pas un délit, c'est avec raison que

(1) Cicéron, *De Oratore*, II, 75. Aulu-Gelle, X, 1. Sénèque, *Consolatio ad Polybium*, 21.

(2) Liv. IV, tit. 5.

Justinien ne range pas son obligation parmi celles qui prennent naissance *ex maleficio*.

Ce n'est pas non plus une obligation contractuelle. Nous avons pourtant vu l'accord qui se faisait ou était présumé avoir eu lieu entre les plaideurs pour le choix du *judex*, mais outre qu'il n'y avait pas là un contrat proprement dit, en tous cas on ne pouvait considérer le juge comme y étant partie. Le jurisconsulte Théophile s'est cependant demandé s'il y avait contrat (Théoph., καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρε) (1). Il en était donc de même pour l'*arbiter compromissarius*. Il est vrai que celui-ci pouvait être intervenu à la convention qui avait eu lieu entre les plaideurs et s'être engagé formellement au moyen d'une stipulation, à rendre une sentence de tous points conforme à l'équité. Mais, hors ce cas exceptionnel qui devait être fort rare, l'accomplissement des obligations de cet *arbiter* avait pour sanction une action qui n'était point née d'un contrat.

L'action dont était passible le juge était issue *quasi ex delicto*, dit Justinien au titre V du livre IV des Institutes, et dans le corps du texte *quasi ex maleficio*. C'est une obligation formée comme d'un délit, expression dont nous avons fait quasi-délit, mot consacré par notre Code dans un sens un peu différent.

Le passage des Institutes que nous avons cité plus haut et qui est consacré à notre matière est emprunté à Gaius (livre III, *Rerum quotidianarum, sive aureorum*) et reproduit au Digeste en deux endroits différents (2). Tous

(1) Théophile, *Ad præmium Instit.*, IV, 5.

(2) L. 5, § 4. Dig., *De obl. et act.*, XLIV, 7 et l. 6, *De extraord. cogn.*, L. 13.

ces textes emploient l'expression *quasi ex maleficio* et non *quasi ex delicto* comme Justinien dans son titre. De ces deux expressions qui sont à peu près synonymes, la seconde a été consacrée par l'usage.

Il n'est donc pas nécessaire pour qu'il y ait quasi-délit d'une intention coupable ni de fraude, la simple négligence, la simple faute suffisent. Les actions quasi-délictuelles ont de nombreux points de ressemblance avec les actions délictuelles.

On s'est demandé à ce propos pourquoi l'incurie et la maladresse des médecins constituaient à Rome un délit, tandis que la faute ou même le dol du juge n'étaient qu'un quasi-délit. C'est que dans le premier cas il y avait lieu à l'application de la loi Aquilia : il s'agissait en effet d'un *damnum corpore corpori datum*, tandis que cette condition manquait dans notre hypothèse. Dès lors le fait pour le juge d'avoir fait le procès sien, n'ayant été consacré comme délit par aucune loi, fut rangé parmi les quasi-délits : cette différence, toute de forme, n'implique pas qu'il y ait plus ou moins de culpabilité dans l'un ou l'autre cas, ni qu'il y ait lieu d'y appliquer des sanctions moins sévères. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'expression même dont s'est servi Justinien et avant lui Gaius : Action née comme d'un délit, ce qui établit bien l'analogie entre les deux cas et identité entre les deux séries d'effets.

Cette action comme dit Justinien est essentiellement de bonne foi. C'est de plus une action *in factum* : le juge y vérifie un point de fait et non de droit. Il n'y aura donc pas de *demonstratio* dans la nouvelle formule délivrée au plaideur ; il n'y aura pas non plus de *taxatio* imposée au

nouveau juge qui prononcera une condamnation égale au dommage éprouvé par la partie lésée en prenant pour guide sa conscience et l'équité (1).

Ulpien à la fin de la loi que nous avons reproduite plus haut, où il explique ce qu'il faut entendre par juge qui rend une sentence contraire à la loi et déterminée par la fraude (2) dit qu'il serait contraint *veram æstimationem litis præstare*. Faut-il voir là un cas particulier et dire que le juge ne pourra, s'il y a eu fraude, être condamné à plus que la vraie estimation du litige ? Nous ne le croyons pas : en effet il serait anormal de donner une base moins large pour la condamnation en cas de fraude et de laisser à l'appréciation du juge le montant du dommage éprouvé s'il y a eu simple faute. Toutefois cette raison ne serait pas un argument suffisant ; nous voyons en effet que la formule délivrée en cas d'injure atroce comporte une *taxatio* et non celle qui a pour but de faire obtenir la réparation d'une *injuria simplex*, pareille anomalie fondée sur les mêmes motifs pourrait exister en notre matière. La vraie raison de décider que le juge peut apprécier en toute liberté le dommage causé sans être enchaîné par aucune règle de droit, résulte du texte de Gaius, reproduit aux Institutes et au Digeste et qui embrasse tous les cas sans exception et ne s'écarte de celui d'Ulpien que par la façon de s'exprimer, et d'une constitution de l'empereur Constantin (3) que nous aurons l'occasion de citer plus loin et qui, prévoyant formellement le cas de faveur et de corruption, dit que le juge ne sera pas seu-

1 L. 6. Dig., L. 13.

2 L. 15. § 1. Dig., V, 1.

3 L. 2 Code VII. 49.

lement condamné à l'estimation du litige, mais à toutes les conséquences du procès.

La responsabilité pécuniaire du juge a donc pour mesure le dommage qu'il a fait éprouver à la partie contre laquelle il a rendu une sentence injuste appréciée en toute liberté par le nouveau juge qui devra prendre pour première base l'estimation du litige. Mais si ce juge au lieu d'être *sui juris* est *filius familias*, comment cette réparation pourra-t-elle être obtenue ?

La loi 15 (Dig. *De jud.*, V, 1), dit : « *filius familias judex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat* ». Nous savons que le fils de famille s'oblige civilement, mais que l'exécution de cette obligation ne peut être poursuivie directement contre lui que s'il devient *sui juris* ou possède un pécule *castrense* ou *quasi castrense*. Dans tout autre cas la réparation sera demandée au *pater familias* qui est tenu *de peculio* parce que le pécule profectice est la propriété du père qui l'a concédé. Mais en notre espèce il s'agit non d'une obligation contractuelle mais d'une obligation qui est née *quasi ex delicto*, à laquelle nous avons vu que les règles des délits devront s'appliquer. Or en ce cas le père est tenu non *de peculio* mais *noxaliter*. Comment dès lors interpréter notre texte et dire qu'en vertu d'un quasi-délit le père pourra être poursuivi sur le pécule ? A partir de la *litis contestatio*, l'obligation quelle qu'en soit sa nature se transforme et devient *quasi ex contractu*. Il en résulte que son exécution pourra avoir lieu sur le pécule, mais sur le pécule non tel qu'il peut être à ce moment-là, ni au moment où le droit s'est transformé, mais tel qu'il existait lorsque

la sentence a été rendue par le fils de famille et que l'obligation a pris naissance. C'est là le point que notre texte a pour but spécial de déterminer afin de prévenir toute controverse à ce sujet.

Cette action qui est née comme d'un délit, est-elle transmissible contre les héritiers du juge qui a fait le procès sien ? Il n'y a pas de doute et la question doit être résolue affirmativement conformément aux principes généraux si le juge coupable est mort après la *litis contestatio*. Par suite de la transformation dont nous venons de parler, l'obligation est devenue quasi-contrattuale et par suite transmissible passivement aux héritiers. Mais si le *judex* est décédé avant la *litis contestatio* ? Dans ce cas l'hésitation ne semble pas non plus permise, car il est de principe que les actions nées de délits sont intransmissibles *contra heredes*. Un texte d'Ulpien (1) révèle cependant une controverse sur ce point : *Julianus autem, in heredem judicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere : quæ sententia vera non est et a multis notata est*. Il en résulte dans l'esprit de Julien, dont Ulpien combat l'opinion, que le fait de rendre le procès sien ne devait pas être assimilé à un délit, car le principe de l'intransmissibilité des actions *ex delicto* ou *quasi ex delicto* était admis de tous et il ne pouvait y avoir de difficulté que pour son application.

Il ne faut pas oublier qu'en tous cas l'héritier pouvait être poursuivi lorsqu'il avait recueilli des quasi-délits un enrichissement, alors une action était donnée contre lui : *quatenus locupletior factus est*. L'héritier devra restituer

1 L. 16, Dig. De jud., V, 1.

ce qui aura été donné au juge pour le décider à rendre une sentence injuste (1).

La réparation du dommage causé par le *judex* qui est laissée à l'appréciation du juge du procès en responsabilité, doit donc tout au moins comprendre, comme le dit Ulpien, la vraie estimation du litige, puis le préjudice causé à la partie à laquelle il a fait tort. En quoi consistera habituellement ce préjudice ?

Par application des principes généraux le juge ne devra supporter que les conséquences directes du procès s'il y a simplement faute ; s'il y a dol ou fraude, il sera tenu d'indemniser la partie lésée même du dommage indirect qu'il aura pu lui causer.

La réparation du préjudice direct devait à l'origine ne comprendre que l'estimation de l'objet du litige et des fruits ou intérêts, mais sous l'Empire est venu s'y adjoindre un autre élément inconnu jusqu'alors et qui sans avoir pris toute l'importance qu'il possède aujourd'hui mérite cependant de n'être point passé sous silence. Nous voulons parler des frais de justice.

Tout d'abord à Rome la justice se rendait sans frais : il n'y avait en effet point d'écritures, point d'huissiers, car le demandeur appelait lui-même le défendeur à comparaître, pas de greffier, les parties recueillaient elles-mêmes la sentence de la bouche du juge. Seule la formule était peut-être écrite, mais elle émanait directement du magistrat qui ne pouvait exiger de sommes d'argent de ses justiciables.

Ce n'est qu'au Bas-Empire que l'écriture s'introduisit dans la procédure et comme conséquence immédiate

(1) L. 5. Dig. *De columniatoribus*, III, 6.

apparurent les frais. Un *viator* portait la citation et avait droit du défendeur à une allocation proportionnelle au montant de la demande.

Qui supportait ces frais en dernière analyse ? Il semble résulter de nombreux textes que ce devait être le perdant du procès (1). Dans une action où l'on suivait la procédure extraordinaire, rien n'était plus simple au magistrat que de condamner la partie à laquelle il donnait tort au paiement des frais ou à leur remboursement, mais avec le système formulaire comment le juge pouvait-il, soit prononcer une condamnation contre le demandeur qui avait succombé, soit augmenter celle du défendeur du montant des frais, alors que rien de semblable n'était ordonné dans la formule ? Il est probable que dans ce cas le gagnant du procès formait une demande incidente qui était jugée soit extraordinairement soit au moyen d'une action *in factum*.

Quoi qu'il en soit, dans le troisième état du Droit romain, les frais étaient supportés par le perdant. C'est ce qui résulte des Institutes (2) et de trois constitutions antérieures à Justinien (3).

Nous trouvons ici un nouveau cas de responsabilité du juge concernant les frais seulement : lorsqu'il a négligé de statuer à leur sujet ils restent à sa charge (4).

Mais lorsque le juge a fait le procès sien en rendant une sentence injuste, la partie qui exerce son recours contre lui a à lui réclamer non seulement le montant du

(1) L. 5, § 6, Dig., *Jud. solv.*, XLVI, 7. — L. 22, § 4, *Rat. rem hat.*, XLVI, 8.

(2) L. IV, tit. 16, § I, *in fine*.

(3) L. 3, 4 et 5, Cod., *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51.

(4) L. 13, § 6, l. 15, Cod. *De jud.*, III, 1.

litige mais encore tous les frais, tant ceux faits par elle que ceux qui proviennent de son adversaire et que, conformément aux règles que nous venons de poser, elle aura été condamnée à supporter. Et ce sera là une des conséquences directes que le juge aura à sa charge quand bien même il aurait été exempt de tout dol et de toute fraude et aurait commis une simple faute, bien que la loi II au Code (VII-49) dise formellement que celui qui, gagné par de l'argent ou par faveur a mal jugé, pour punition devra donner à la partie à laquelle il a fait tort non seulement le montant du procès mais encore les frais et conséquences (*litis discriminis*). Ces deux cas de corruption et de faveur sont cités là à titre d'exemple et ne constituent point une énumération limitative des cas où le juge qui a fait le procès sien devra indemniser la partie lésée des frais : nous avons déjà eu l'occasion d'en expliquer la raison à propos d'une loi d'Ulpien (1).

Le minimum de la condamnation qui devra dès lors être prononcée contre le juge sera donc tout d'abord le montant du litige puis les frais. Mais le juge aura d'autres peines pécuniaires à supporter lorsqu'il se sera laissé corrompre ou aura agi de connivence avec l'un des plaideurs ; toutefois les condamnations qu'il encourra en ce cas ayant plutôt le caractère d'amendes que de réparations civiles, nous les passerons en revue plus loin à propos de sa responsabilité pénale.

(1) L. 15, Dig., V, 1.

SECTION II

Responsabilité pénale du juge.

A l'origine la loi des XII Tables prononçait la peine de mort contre le *judex* ou l'*arbiter* qui s'était laissé corrompre ou avait accepté de l'argent pour rendre sa décision.

Aulu-Gelle en effet, raconte dans ses *Nuits Attiques* (1) que dans une discussion entre le jurisconsulte Sextius Cecilius et le philosophe Favorinus sur cette loi, le premier qui avait étudié les lois de beaucoup de villes, louait dans celle-là la justesse exquise et la précision du style. Favorinus sans contester ce mérite remarquait cependant qu'elle renfermait beaucoup de dispositions, les unes trop barbares, les autres par un défaut contraire trop douces et trop accommodantes. Sextius Cecilius repoussait ce jugement :

Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potes? Nisi duram esse legem putas quæ judicem arbitrum ve jure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punit..... Dic enim, quæso, dic, vir sapientiæ studiosissime, an tu aut judicis illius perfidiam contra omnia jura divina atque humana jusjurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam... non digna esse capitis pænæ existimes?

D'ailleurs la législation s'adoucit par la suite pour le juge comme pour le voleur manifeste dont le châtimement est bien moins sévère ainsi que le remarque un des in-

(1) L. XX, tit. 1.

terlocuteurs de ce dialogue, à l'époque postérieure qu'à l'époque décenvirale. Le juge qui négligeait une loi ou une constitution était puni comme s'il se fût rendu coupable du crime de faux. C'est la conséquence que nous pouvons tirer de la loi 1, § 3 (1).

En outre était responsable à titre de concessionnaire, en vertu de la loi Julia *repetundarum* celui qui, lorsqu'il exerçait une portion de la puissance publique, avait reçu de l'argent pour juger, pour décider (2) ou pour accorder plus ou moins qu'il ne devait (3). Et en vertu de cette loi, outre la sanction pénale qui s'y trouvait attachée, se trouvait une sanction civile : les cadeaux reçus par un magistrat ou un juge étaient assimilés aux choses volées et par suite ne pouvaient pas être usucapés même par un sous-acquéreur de bonne foi tant qu'ils n'étaient pas revenus en la possession de celui qui les avait donnés ou de ses héritiers.

Et remarquons en outre qu'il suffit, pour tomber sous le coup de la loi Julia *repetundarum*, que le juge ait reçu de l'argent, point n'est besoin qu'il ait rendu une sentence injuste et qu'il ait donné tort à celui qui avait le bon droit de son côté.

Mais il était de principe à Rome que le juge devait punir toute tentative de corruption, soit qu'elle s'adressât à lui, soit qu'elle s'adressât à l'adversaire, par la perte du procès (4). Dès lors, lorsque le juge recevait de l'argent de l'une des parties, il devait lui donner tort pour la punir de ne s'en être pas rapportée à la justice,

(1) Dig. *De lege Cornelia de falsis*, XLVIII, 10.

(2) L. 3, Dig., *De lege Julia repetundarum*, XLIII, tit. 11.

(3) L. 4, Dig., *eod. loco*.

(4) L. 1, Code, liv. VII, tit. 49.

mais d'avoir mis l'espoir du succès dans la corruption. Il en résulte que lorsque le juge après avoir reçu de l'argent de l'un des plaideurs, se prononçait en sa faveur eût-il le bon droit de son côté, il faisait le procès sien et tombait en outre sous le coup de la loi *Julia repetundarum*.

Paul dans ses *Sentences* (1) parle de la sanction qu'avait la corruption des *judices pedanei* : *plerumque*, dit-il, *a Præside aut curia submoventur aut in exilium mittuntur, aut ad tempus relegantur*.

Outre ces pénalités sévères, les magistrats qui présidaient aux procès ordinaires entre particuliers, pouvaient en outre encourir des amendes qui n'avaient pas le caractère de réparations privées puisqu'elles étaient versées dans la cassette impériale et qui étaient des peines au sens propre du mot. Il en était ainsi tout au moins sous Justinien, c'est ce qui résulte de la novelle 124 insérée au Code (2). Nous y trouvons deux hypothèses. Il s'agit d'un des plaideurs qui, après avoir donné ou promis de l'argent au juge se repent, et confiant dans son bon droit, veut ne devoir son succès qu'à la justesse de sa cause. Cette novelle porte tout d'abord une exception au principe posé dans la loi première du même titre, à savoir que tout plaideur qui a donné de l'argent doit perdre son procès pour ne pas s'en être rapporté à la justice, mais pour avoir mis l'espoir du succès dans la corruption. Le repentir du coupable lui fait donc éviter cette sanction. Puis Justinien envisage deux hypothèses : la partie qui prétend avoir donné ou promis de l'argent prouve son dire, ou elle ne le prouve pas. Au

(1) V. 28.

(2) C. VII, tit. 49.

premier cas, celui qui a accepté la chose ou reçu la promesse devra payer au compte de la cassette privée le triple de ce qui lui a été donné ou le double de ce qui lui a été promis et de plus sera privé de ses fonctions civiles ou militaires. Mais si le plaideur ne peut établir la donation ou la promesse qu'il prétend avoir faite et si la personne qu'il accuse de l'avoir reçue jure que ni par elle-même, ni par une autre, elle n'a reçu la libéralité ni la promesse, elle sera hors de cause. Quant au plaideur qui n'aura pu fournir la preuve de ce qu'il avance, s'il s'agit d'un intérêt pécuniaire, le compte de la cassette privée lui en fera payer l'estimation quelque soit d'autre part le résultat du procès, s'il s'agit au contraire d'une affaire criminelle, il encourra la confiscation, l'affaire devant suivre son cours normal devant le juge compétent. Mais si la personne indiquée par le plaideur refuse de prêter ce serment, elle demeurera sujette aux peines indiquées plus haut.

Nous avons eu l'occasion de parler des juges criminels à Rome. Leur responsabilité pécuniaire ne se conçoit guère puisqu'ils ne s'occupent pas des intérêts privés, mais ils sont l'objet de pénalités sévères lorsqu'ils se laissent corrompre pour condamner des innocents ou prononcer des peines trop fortes.

Lorsque Sylla, comme nous l'avons vu, réorganisa tout le système de la juridiction pénale par l'institution définitive des *quæstiones perpetuæ* il édicta des sanctions sévères contre les membres de ces *quæstiones* (1) : *lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur qui.... quive cum magistratus esset publicove judicio præset, operam de-*

(1) Dig., I. 1 pr., § 1, *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*, XLVIII, 8.

disset quo quis falsum judicium profiteretur ut quis innocens conveniretur, condemnaretur. § 1. Præterea tenetur qui..... quive magistratus judexve quæstionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.

Nous voyons donc reparaître ici la peine de mort mais dans des circonstances et pour des motifs bien plus graves que sous le système de la loi des XII Tables ; il suffisait alors d'avoir reçu de l'argent pour rendre une sentence injuste, l'objet de litige fût-il peu important, tandis que maintenant il faut être convaincu d'avoir condamné un innocent, ou de l'avoir fait tomber sous le coup d'une accusation capitale.

Ces sanctions subsistèrent sous l'Empire. Il résulte en outre d'une novelle de Justinien insérée au Code (1) que le juge qui dans une cause criminelle avait accepté de l'argent encourait la confiscation de tous ses biens et était en outre envoyé en exil.

SECTION III

Valeur de la sentence.

Après avoir vu dans quels cas le juge faisait le procès sien et quelles conséquences soit pécuniaires soit pénales cette action avait pour lui, il nous reste à nous demander si la sentence rendue dans ces conditions pouvait être annulée.

Nous avons ici plusieurs hypothèses à considérer.

I. — Le juge a violé ouvertement la loi. Dans ce cas la sentence sera nulle de plein droit. C'est ce que dit la loi XIX au Digeste, livre XLIX, titre 1, *De appell. et relat.*

(1) L. 1, C. VII, 49.

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet : et ideo, et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia si specialiter contra leges, vel S. C. vel Constitutionem fuerit prolata. Unde si qui sex hac sententia appellaverit, et præscriptione summotus sit minime confirmatur ex hac præscriptione sententia : unde potest causa ab initio agitari.

Et il en sera ainsi lorsque le juge aura commis une erreur de droit, mais non pour une erreur de fait *cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciat* (1).

Point besoin d'appel donc : la sentence est absolument nulle et ne peut produire aucun effet ; la partie qui en poursuit l'exécution sera repoussée par une fin de non-recevoir et devra à nouveau intenter le procès et si le perdant prenant les devants veut la faire réformer devant la juridiction supérieure il sera repoussé par une *præscriptio a parte rei* par laquelle son droit ne sera pas épuisé et les deux plaideurs se trouveront alors dans la situation antérieure à toute action.

Que devient dans ce cas la responsabilité du juge ? Et quelle sera l'utilité d'un recours contre lui puisqu'en définitive il n'aura causé aucun préjudice aux parties ?

Nous avons répondu implicitement à cette objection en posant plus haut les principes de la responsabilité pécuniaire du juge. Il y aura sous l'empire tout d'abord les frais du premier procès qui devront rester à sa charge et de plus il peut exister une foule de raisons qui empêcheront le demandeur de recommencer le procès. Le défendeur sera peut-être devenu insolvable, il aura pu

(1) L. 1, § 3, Dig., XLIX, 8.

survenir des exceptions ou diverses circonstances qui auront modifié la situation et dont devra répondre le juge. Et en pratique il est certain qu'il aura dû en être souvent ainsi : un juge ne se serait pas risqué à violer ouvertement la loi ou les constitutions sachant que sa sentence serait inutile et n'aurait même pas besoin d'appel pour être infirmée.

Mais supposons que par extraordinaire le juge ait agi de la sorte, que les choses seront restées dans le même état, qu'aucune prescription ne se sera accomplie, qu'aucune exception ne sera survenue et que par conséquent le demandeur puisse à nouveau intenter son action dans les mêmes conditions. Nous pouvons distinguer deux hypothèses :

1° Le juge a donné raison au demandeur et a condamné le défendeur au mépris formel de la loi et des constitutions. Celui-ci dans ce cas refusera d'exécuter la sentence, mais il sera sous le coup d'une nouvelle poursuite, tandis que si le juge eût prononcé comme il le devait, son absolution, tout eût été fini pour lui, il eût été muni de l'*exceptio rei judicatae*.

Nous sommes incontestablement ici en présence d'un dommage prévu par la loi, les conditions générales pour que le juge ait fait le procès sien se trouvant remplies, il sera passible de la poursuite ordinaire.

2° Si le juge a absous le défendeur, une conséquence forcée de ce qui précède est alors pour le demandeur le choix ou de recommencer à nouveau le procès ou d'agir directement contre le juge.

II. — Le juge sans violer ouvertement la loi a rendu une sentence injuste, soit en appréciant inexactement

les faits, soit en n'appliquant pas les règles du droit, mais dans des circonstances n'offrant pas le caractère d'évidence exigée par la loi que nous avons citée plus haut.

Dans ces conditions il y aura encore lieu de distinguer :

1° L'appel est possible ; 2° la sentence est définitive.

1^{er} cas. — Appel. — Nous envisagerons ici le cas où la sentence peut être infirmée d'une façon quelconque, soit par l'appel proprement dit, soit au moyen de toute autre voie de recours admise à l'époque classique, telle que la *revocatio in duplum* et l'*intercessio* qui disparaissent avec la procédure formulaire, l'*in integrum restitutio*, et plus tard le recours au prince : la *supplicatio*.

L'appel proprement dit paraît avoir été introduit sous Auguste. En principe, quand il y avait une formule, le magistrat qui l'avait délivrée était compétent pour annuler la sentence du juge qu'il avait commis ; dans le cas où le procès était jugé extraordinairement, l'appel était porté devant le magistrat supérieur à celui qui avait jugé en premier lieu. Et si la cause n'avait pas été entendue par le préfet du prétoire ou l'Empereur, on pouvait remonter de degré en degré la hiérarchie judiciaire, jusqu'à ce que l'on en arrivât à l'un de ces magistrats supérieurs, les seuls dont la sentence ne fût pas susceptible d'appel.

Nous n'avons pas à entrer ici dans des détails sur la façon dont cet appel était organisé ; la hiérarchie introduite par l'Empire dans l'ordre judiciaire en compliqua beaucoup les règles dont l'examen nous entraînerait loin de notre sujet : bornons-nous à en constater les effets en ce qui concerne la responsabilité du juge.

Si donc nous supposons que l'appel sera possible, ou qu'au moyen de toute autre voie de recours la sentence rendue par le juge prévaricateur puisse être annulée, quelle sera la situation de notre plaideur ?

Il aura le choix, ou bien de recourir aux voies ordinaires, ou bien de prendre à partie directement le juge au moyen de l'action *in factum* dont nous avons parlé plus haut.

Mais, suivant les cas, il aura intérêt à prendre l'un de ces moyens bien plutôt que l'autre. Supposons en effet que dans l'intervalle son adversaire soit devenu insolvable ou qu'il soit né une exception quelconque que celui-ci pourra lui opposer, il est certain que devant dès lors perdre son procès en appel, il préférera s'attaquer directement au *judex* et réclamer de lui l'indemnité du dommage qu'il lui aura fait éprouver.

Mais s'il est confiant dans la justesse de sa cause, si la situation ne s'est pas modifiée depuis la première instance, il lui sera souvent bien plus facile d'obtenir gain de cause en appel que d'engager un procès contre le juge, où il lui faudra se mettre en quête de nouvelles preuves qu'il ne pourra généralement se procurer qu'avec difficulté : il sera peu aisé en effet d'établir des faits aussi délicats que la corruption du juge, ou de démontrer que c'est par faveur ou par inimitié qu'il a rendu sa sentence.

2^e cas. — La sentence est irrévocable. — Le plaideur n'a plus dès lors d'autre ressource, s'il veut se faire rendre justice, que de s'attaquer directement au juge ou au magistrat.

CONCLUSION.

Si nous essayons maintenant de dégager des preuves par lesquelles nous les avons établies, les conclusions auxquelles nous sommes arrivés, voici ce que nous trouvons :

Le juge en Droit romain était responsable des sentences qu'il avait rendues ; il devait indemniser les parties du préjudice qu'il leur avait causé par sa fraude ou son dol, s'il avait fait une appréciation erronée des faits et en outre même par sa simple négligence s'il s'agissait d'une fausse application de la loi ou de l'inobservation de la formule. Cette responsabilité était fort étendue : elle comportait, outre une sanction pécuniaire qui pouvait être considérable, dans certains cas que nous avons déterminés une sanction pénale.

Si d'autre part nous recherchons à quelles solutions s'est arrêté le Droit français sur ce point, nous trouvons des règles sensiblement différentes : l'article 505 du Code de procédure civile limite à quatre le nombre des cas où la prise à partie est admise :

1° S'il y a dol, fraude, ou concussion qu'on prétendrait avoir été commise, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

3° Si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ;

4° S'il y a déni de justice ;

Il résulte de cette comparaison que le Droit romain montre à l'égard du juge une sévérité bien plus grande que le Droit français puisqu'il le déclare responsable de fautes qui dans ce dernier n'entraînent pour lui aucune obligation. Si maintenant nous recherchons les causes de cette différence nous en trouvons deux d'ailleurs inégalement importantes : la première est d'un caractère tout historique : à Rome la loi cherchait à garantir les citoyens contre les abus de l'autorité, non pas comme dans les législations modernes par la séparation des pouvoirs, mais par la durée temporaire des magistratures et la responsabilité des magistrats : tant qu'ils étaient en fonction ils étaient omnipotents dans la limite de leurs attributions, mais, une fois sortis de charge, ils pouvaient être mis en accusation s'ils avaient abusé de cette omnipotence. C'est la règle dont l'application fut naturellement étendue aux juges ; sans doute les fonctions de ces derniers n'étaient pas une magistrature, mais, le principe une fois admis, on n'hésitait pas, vu la ressemblance des situations et l'identité des motifs, à appliquer à un cas la règle édictée pour l'autre. Toutefois à cette cause il s'en ajoute une autre d'un caractère plus général et dont le législateur moderne aurait pu tenir aussi bien compte que le législateur ancien : les Romains ont pensé que celui qui est appelé par sa volonté ou même par la loi à rendre la justice contracte par cela même l'obligation d'y apporter tous ses soins et d'échapper à des fautes qui peuvent avoir pour autrui des conséquences particulièrement graves. Désireux également d'assurer le respect de la justice, ils s'y sont pris d'une manière

entièrement différente : tandis que le législateur moderne craint les constatations trop fréquentes des erreurs du juge, le Droit romain redoute au contraire son impunité ; ce que le premier essaie d'obtenir par le silence l'autre cherche à le réaliser par la répression. Lequel de ces deux systèmes est le meilleur ? Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur ce point ; mais, en rapprochant les uns des autres les résultats de chacun d'eux, nous avons essayé, sinon de donner une réponse à la question, du moins d'en poser les termes principaux.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

« Les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ».

Cette définition, donnée par l'article premier de la loi du 25 ventôse an XI, résume les principales attributions du notaire, et suffit pour en faire comprendre l'étendue et l'importance. Mais ce n'est pas seulement à la rédaction et à l'élaboration des actes que se borne la mission du notaire. Il est le conseil naturel des parties, les éclaire sur la portée et la nature de leurs transactions, et leur sert en quelque sorte de guide dans la plupart des opérations concernant leur fortune.

Un semblable ministère exige de ceux qui le remplissent, outre une probité et une délicatesse à toute épreuve, une longue pratique des affaires et une connaissance approfondie du droit ; de la façon dont il est exercé dépen-

dent souvent l'honneur et la fortune des citoyens ; le notaire intervient en effet dans tous les actes les plus importants de la vie civile : il règle le régime matrimonial des époux, enregistre les dispositions de dernière volonté et assure la dévolution des biens héréditaires ; il imprime à toutes les conventions passées devant lui une authenticité et une force exécutoire égales à celles qui résultent des jugements.

L'accomplissement d'une mission si importante à tous les points de vue, ne saurait manquer de donner lieu aux plus graves responsabilités : l'importance même de ses fonctions, les conséquences que la moindre faute dans leur accomplissement est quelquefois susceptible d'entraîner, exposent tout particulièrement le notaire à des recours, lorsque, soit par ignorance, soit par maladresse, et à plus forte raison par mauvaise foi ou dol, il a compromis les intérêts qui lui étaient confiés.

C'est de cette responsabilité que nous allons nous occuper.

Il est nécessaire d'apporter une grande méthode dans l'étude d'un sujet aussi vaste, car les cas de responsabilité s'étendent à l'infini. Nous tâcherons, après une courte introduction historique, de dégager les principes qui gouvernent la matière et de montrer comment l'application doit en être faite à tous les cas qui peuvent se présenter, en prenant comme exemple les principaux et les plus caractéristiques d'entre eux.

La responsabilité notariale peut être envisagée à trois points de vue : 1^o responsabilité pénale ; responsabilité disciplinaire ; 3^o responsabilité civile. La première ne donne pas lieu à beaucoup de difficultés et les règles qui

l'expriment sont posées par la loi elle-même ; la seconde soulève un certain nombre de questions, mais comme la solution en est fournie par des règlements spéciaux, elles entraînent des difficultés d'application plutôt que des difficultés juridiques. Quant à la responsabilité civile, la plus importante et la plus fréquemment encourue de toutes, elle est déterminée d'un côté par le droit commun, d'autre côté par des décisions spéciales à la matière. Malheureusement tous les cas sont loin d'être prévus et l'application du droit commun ne laisse pas que de donner lieu à un grand nombre d'objections, aussi la difficulté de cette étude en égale-t-elle l'importance, et, pour la mener à bonne fin, devons-nous la diviser en plusieurs chapitres.

APERÇU HISTORIQUE

Dès la plus haute antiquité on a employé l'écriture pour constater les engagements, les conventions intéressant la fortune des particuliers. Presque toujours également, ces écritures ont été faites par des scribes de profession dont la fraude ou les fautes ont été selon les temps ou les lieux plus ou moins sévèrement réprimées au moyen, soit d'une sanction pénale, soit de réparations pécuniaires. Cependant l'institution d'un corps d'officiers publics, revêtus d'un caractère officiel spécial, n'a qu'une origine relativement récente : a-t-on vu correspondre à cette création la formation de règles également spéciales pour servir de base à l'appréciation de la responsabilité que pouvaient encourir ces officiers publics ? C'est au seul point de vue de la recherche de cette évolution que nous allons en dire quelques mots.

Droit romain. — A Rome ces scribes appelés en général *tabularii* à cause des tablettes sur lesquelles ils écrivaient, et parfois aussi, *censores*, ou *logographi* (écrivant aussi vite que la parole), ou *notarii* (écrivant par notes, par abréviations), furent à l'origine et selon toute probabilité des esclaves publics : cette conjecture est autorisée par une constitution d'Honorius et d'Arcadius (1) qui prescrit qu'à l'avenir ils seront choisis parmi les hommes libres, leurs fonctions ne pouvant se concilier avec la situation d'esclave.

(1) L. 3, Code *De tabul.*, X, tit. 69.

A côté de ces tabulaires vinrent se placer les tabellions qui, à une époque qu'il est difficile de préciser, antérieure à Constantin, se substituèrent à eux dans une grande partie de leurs attributions.

Ces tabellions étaient chargés de dresser les *acta forensia*, ainsi nommés parce que leur rédaction avait lieu dans des boutiques situées sur le forum. Ils écrivaient d'abord un brouillon (*scheda*), puis mettaient l'acte au net (*in mundum*), ensuite les parties le signaient en leur présence ou y apposaient un signe quelconque, ordinairement une croix, si elles ne savaient signer. Enfin le tabellion, après avoir lu l'acte, y ajoutait qu'il l'avait dressé ainsi sur l'ordre des parties : c'était la *completio tabellionis* (1).

Parfois le tabellion, au lieu de rédiger lui-même l'acte, confiait ce soin à l'un de ses clercs, ce qui présentait de grands inconvénients en cas de contestations ultérieures.

Aussi, pour y remédier, Justinien organisa-t-il une sanction d'un caractère tout spécial et fort curieuse, qui est en quelque sorte la première application de l'idée de la responsabilité disciplinaire telle qu'elle existe aujourd'hui : ce tabellion perdait sa « *statio* » (2) au profit du clerc par lequel il s'était fait remplacer (3). Toutefois, prévoyant les cas de force majeure, il permit au tabellion de désigner par une déclaration devant le *magister census*, un ou plusieurs de ses clercs qui pourraient

(1) Institut. III, 24, *De empt. vend.* pr. ; Nouvelle XLIV, Préf.

(2) On appelait *stationes* des espèces de travées situées autour du forum où se tenaient les divers officiers publics tenus de prêter leur ministère aux citoyens.

(3) Nouvelle XLIV, ch. 1, § 1.

rédiger les actes en son lieu et place (1), sans qu'il soit exposé à subir cette sanction.

Ces actes ainsi dressés pouvaient et parfois même devaient être soumis à la formalité de l'insinuation. On entendait par là leur dépôt dans les archives dont la garde était confiée à Rome au *magister census*, dans les provinces aux magistrats municipaux et aux *defensores civitatum*. Cette insinuation avait pour effet d'augmenter leur force probante (2). Justinien en donne la raison : *quod ex publicis archivis profertur, et publicum habet testimonium* (3).

Il résulte de ces dispositions que si les tabellions et *tabularii* n'étaient pas des officiers publics au sens strict du mot, ils constituaient cependant un corps ayant certaines prérogatives, et par suite certaines obligations. Quelle était la sanction de leur exécution ?

L'on ne trouve nulle part dans les textes l'indication d'une responsabilité civile qui leur aurait été spéciale : le droit commun des obligations et des fautes devait donc leur être applicable. Cet état de choses n'est au surplus que la conséquence forcée de leur situation, qui ne devient presque officielle que tout à fait dans la dernière période du droit, et surtout de la condition d'esclaves publics où se trouvaient à l'origine les *tabularii*, et qui ne laisse guère concevoir l'efficacité d'un recours pécuniaire contre eux.

En revanche, et comme conséquence de cette même situation, ils s'exposaient en cas de dol ou même de simple

(1) *Ibid.* § 4.

(2) L. 30, Code, *de Donat*, VIII, 54.

(3) Nouvelle XLIX, ch. 2, § 2.

faute à des sanctions pénales d'une certaine gravité : c'est ainsi que notamment la loi VI *in fine* au Code (1) dit : *super negligentia vel dolo scribæ qui veram substantiæ taxationem passus est occultari, legibus erit agendum* ; et à propos des testaments, où la fraude présente une gravité exceptionnelle (2) : *scituris et tabellionibus, et his qui conficienda testamenta procurant quod si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria causa versati* ». L'empereur Léon édicte la peine de mort contre le tabellion qui aurait rédigé un acte ayant pour objet le trafic d'esclaves romains (3). On ne peut également considérer comme la sanction d'une responsabilité civile, la peine de la confiscation des biens édictée par les empereurs Léon et Anthémios contre les tabellions qui auraient dressé des actes à l'effet de tromper l'Etat en fraudant le fisc (4).

Ancien Droit français. — On ne peut guère faire remonter à une époque antérieure à Saint-Louis l'origine du notariat français. Auparavant on trouve, il est vrai, mention de l'existence des notaires : c'est ainsi que dans son *Historia Francorum* (5), Grégoire de Tours en parle ; de même le moine Marculphe dans ses formules au milieu du VII^e siècle (6), Charlemagne dans ses Capitulaires (7), et enfin de nombreuses chartes y font allu-

(1) *De magistr.* Code, V, 75.

(2) L. 29, *in fine*, Code, *de Testam.*, VI, 23.

(3) L. 2, C. *De Eun*, IV, 42.

(4) L. 1, Code, *Ut nemo ad suum patrocinium suspiciat*, XI, 53.

(5) IX, 26.

(6) II, 8, n^o 17.

(7) *Capitulare tertium anni 803 et primum anni 805*. Berge, *Histoire du notariat*, p. 30. — Mention du second de ces capitulaires est faite dans une inscription apposée sur la façade de l'hôtel de la chambre des notaires de Paris, place du Châtelet.

sion (1) ; mais il ne s'agit que de scribes, de secrétaires sans aucun caractère public, il ne pouvait être question par conséquent d'édicter des règles spéciales pour apprécier leur responsabilité.

Au XIII^e siècle l'influence du Droit romain qui se fit sentir surtout dans le midi de la France amena la création de tabellions analogues à ceux dont Justinien avait parlé dans la nouvelle XLIV. Les lois municipales de Marseille donnent même des détails curieux sur cette institution ; les statuts d'Arles prescrivent que les actes soient rédigés par les notaires en présence des parties, à moins que celles-ci n'en aient voulu autrement, et sanctionnent l'inobservation de leurs prescriptions par des amendes (2). Les coutumes de Toulouse s'occupent de la foi due aux actes notariés (3).

Dans les régions du nord et du centre de la France, pays de droit coutumier où l'influence du Droit romain se fit beaucoup moins sentir, le droit de recevoir les actes demeurait confondu avec celui de rendre la justice. Beaumanoir dans ses coutumes de Beauvoisis (4) donne des renseignements curieux sur les « lettres de baillic » qui n'étaient que des procès-verbaux dressés par l'autorité judiciaire de l'accord des volontés des parties, et qui devaient faire la même foi que les décisions du bailli.

Saint Louis essaya le premier de séparer la juridiction volontaire de la juridiction contentieuse par la création

(1) Paul Fournier, *Les officialites au moyen âge*, VI, § 1.

(2) *Leges municipales Arelatis*, § 65. Girault, *Hist. du Droit français au moyen âge*, II, page 210.

(3) Première partie, tit. 18.

(4) Chapitre 35, § 23.

de soixante notaires au Châtelet de Paris (1) et les soumit à l'observation de certaines formalités. Mais cette réforme, toute locale, ne s'étendit pas aux autres régions du royaume où les juges et greffiers continuèrent à recevoir les actes.

A la même époque existaient, auprès des cours ecclésiastiques, des notaires chargés à la fois de rédiger des actes de procédure et les actes de juridiction volontaire (2) : ceux-ci faisaient seulement demi-preuve devant les juridictions laïques et n'avaient pas la force exécutoire.

Au XIV^e siècle le notariat commença à prendre un grand développement par suite de la disparition du duel judiciaire, et parce que, l'écriture étant peu répandue, il fallait recourir à un notaire pour constater les conventions. Le véritable Code du notariat à cette époque est la célèbre ordonnance de juillet 1304 connue sous le nom d'ordonnance d'Amiens (3).

Cette ordonnance contient une foule de prescriptions fort importantes, qui servirent de base à toute la législation notariale des siècles suivants, et dans lesquelles on trouve en germe beaucoup des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI. Si l'on n'y rencontre pas de règles spéciales pour l'appréciation de la responsabilité civile des notaires et des fautes qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions, en revanche nous voyons qu'ils peuvent être privés de leur charge s'ils cumulent la profession de tabellion avec le métier de boucher ou de barbier (art. 25).

(1) Berge, *Histoire du Notariat*, p. 45.

(2) Martigny, *Dictionnaire des Antiquités chrétiennes*, V^e Notarii.

(3) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. II, p. 818.

Avant de rendre cette ordonnance, Philippe-le-Bel avait, en l'an 1300, ramené au chiffre de soixante, fixé par Saint Louis, le nombre des notaires qui, sous Philippe-le-Hardi, avait été jusqu'à cent dix-sept.

Au milieu du siècle suivant et aux termes d'un édit du 26 juillet 1433 (1) ayant pour objet principal d'instituer un tabellionage par Chastellenie avec dépôt des registres et protocoles, apparaît pour la première fois, en Droit français, la séparation des fonctions des notaires et des tabellions. Ceux-ci délivrent les grosses des minutes rédigées par les notaires qui sont tenus d'inscrire sur des registres les actes par eux reçus.

Et, afin d'assurer le secret des conventions privées, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1437 (2), prescrit aux notaires du Châtelet de « garder et retenir secrètement (c'est-à-dire de ne communiquer à personne sans ordre de justice), par devers eux registres et protocoles, ou les briefs (brevets) desdits contrats et autres choses qui seront passées et par eux reçues » et la sanction de cette prescription et des quelques autres contenues dans cette ordonnance est spécialement édictée : « et sur peine de privation de leurs offices, d'amende arbitraire, et de dédommager les parties qui par leur faute ne pourraient recouvrer leurs lettres nonobstant quelconque usage qu'ils aient au contraire ». La responsabilité civile des notaires est donc bien formellement stipulée : c'est la première disposition nette que nous trouvons en cette matière dans l'ancien Droit français : c'est le premier terme de l'évolution qui tendra à consacrer spéciale-

(1) Isambert, t. VIII, p. 793.

(2) Isambert, t. VIII, p. 885.

ment la responsabilité des notaires et qui, comme nous allons le voir, va aller se précisant de plus en plus.

Mais il ne s'agit ici que d'une disposition particulière édictant cette sanction ; pendant longtemps encore les coutumes, ordonnances et autres mesures légales ne statueront de même que sur des points spéciaux, sans poser un principe général.

C'est ainsi que, sous peine d'indemniser les parties du dommage que pourrait leur causer la nullité des actes, il est prescrit aux notaires de mentionner le lieu où l'acte serait passé (1), il leur est défendu d'instrumenter hors de leur ressort (2), etc., etc.

Au XVI^e siècle d'ailleurs l'institution du notariat subit de grandes modifications : l'ordonnance de Villers Cotterets (août 1539) prescrivit aux notaires d'écrire leurs actes en « langage naturel français » et confirma l'ordonnance de 1437 relative au secret des actes ; l'ordonnance d'Orléans, œuvre du chancelier Michel de l'Hôpital (janvier 1560), recommande aux notaires de signer leurs actes, et de mentionner la signature des parties et des témoins, ou la cause du défaut de signature à peine de nullité de l'acte et d'amende arbitraire (art. 83 et 84) ; enfin l'ordonnance de Moulins (février 1566) décida qu'au-dessus de cent livres « seraient passés contrats par devant notaire et témoins » (art. 54).

A la même époque, des besoins d'argent firent créer des offices de garde scels (novembre 1542), puis de garde notes (mai 1575), fonctions qui étaient incompatibles avec celles de notaire et de tabellion.

(1) Art. 76, coutume du Bourbonnais et 39, coutume de la Marche.

(2) Art. 378, coutume de Poitou et 463, coutume d'Orléans.

Il en résulta une confusion inévitable entre les différentes attributions de ces officiers, d'où surgirent des conflits incessants ; il se produisit en outre une grande augmentation des frais des actes. Aussi Henri IV, par un édit de 1597, supprime-t-il ces divers offices et les réduit-il à deux : tabellion, notaire et garde notes d'une part, et garde scels de l'autre. Ces derniers devaient à leur tour être supprimés en 1706, époque à laquelle chaque notaire dut avoir un sceau particulier.

L'on rencontre au XVII^e siècle de nombreuses dispositions obligeant les notaires à réparer le préjudice causé, s'ils instrumentent pour leurs parents (1), et s'ils reçoivent des actes nuls pour défaut de forme, défaut de signature du notaire en second ou des témoins.

Nous arrivons enfin à la déclaration du 29 septembre 1722. Dans son article 3 elle pose le principe de la responsabilité civile des notaires, et cette fois d'une façon générale et non comme sanction d'une prescription particulière : « les notaires, y est-il dit, demeurent responsables des dommages-intérêts que les parties pourraient souffrir de la nullité de leurs actes ».

Cette disposition, de l'avis même des anciens auteurs, ne fut jamais appliquée bien rigoureusement. Il était en effet admis dans l'ancien Droit, par la doctrine et la jurisprudence, que seuls le dol et la faute lourde assimilée au dol pouvaient engager la responsabilité civile des notaires. Ferrière le dit expressément (2) : « les notaires ne sont point responsables des nullités qu'ils ont causées par impéritie dans les actes qu'ils ont pas-

(1) Arrêts de règlement d'août 1607. — Janvier 1621. — 25 février 1647.

(2) Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, V^o Notaire, t. II, p. 292.

sés. A l'égard des dommages et intérêts qu'ils auraient causés par dol ou par une lourde faute, qui est en droit comparée au dol, ils sont toujours tenus des dommages-intérêts causés par ce moyen à l'un des contractants ». Bretonnier (1) ne se montre pas moins affirmatif : « A l'égard des notaires, les arrêts ont toujours jugé qu'ils ne sont pas tenus aux dommages et intérêts des parties, pour avoir commis des nullités dans les actes par eux reçus ». Puis il renvoie pour les arrêts à Louet et son commentateur (2) et à Bougier (3), enfin il demande que, sous le rapport des fautes grossières, on les assimile aux chirurgiens « quoique les biens ne soient pas si chers que la vie ».

Toutefois il était admis que si la nullité provenait de ce que les notaires avaient fait quelque chose « de contraire aux ordonnances », et non « à la disposition du droit et des coutumes » (4) ils devaient réparer le préjudice en résultant même par suite d'une simple faute. Et même dans ce cas les cours ne se montraient pas rigoureuses pour l'application des dommages-intérêts ; un arrêt du 12 mai 1755 rapporté par Jullien (5), n'admet pas le recours fondé sur la nullité d'un testament passé devant cinq témoins seulement ; un autre arrêt du Parlement de Paris (5 septembre 1758) (6) déboute les héritiers d'un acquéreur dont le titre était nul, parce que les témoins n'avaient pas signé, et n'avaient pas été interpellés de signer.

(1) Œuvres de M. Claude Henrys, t. I, chap. II, question 27, p. 367.

(2) Brodeau, II, lettre N, n° 9.

(3) Lettre N, chap. 3.

(4) Ferrière, *Parfait notaire*, I, 17.

(5) *Éléments de jurisprudence*, p. 209.

(6) Denisart, V° Nullité, n° 32.

Il résulte bien clairement de ces arrêts et de l'opinion des auteurs que le droit applicable aux notaires, en matière de responsabilité, était des plus restrictifs ; que, malgré la généralité des termes de la déclaration de 1722, celle-ci ne fut en principe appliquée qu'aux nullités occasionnées par le dol et la faute lourde des notaires, et que par conséquent ces officiers ministériels n'étaient nullement soumis, pour la réparation des dommages qu'ils auraient pu causer, aux règles générales des fautes, et aux principes du droit commun. Tel était l'état de la doctrine et de la jurisprudence quand survint la Révolution française.

Droit intermédiaire. — Dans son décret des 26 septembre-6 oct. 1791, l'Assemblée constituante, après avoir aboli la vénalité et l'hérédité des offices royaux de notaires, tabellions et autres (art. 1^{er}), supprimé les offices de notaires ou tabellions authentiques, seigneuriaux apostoliques et tous autres offices du même genre (art. 2), les remplaça par des notaires publics dont elle déterminait les attributions, le ressort, le mode de nomination (art. 3). Ce décret ne contient aucune règle spéciale pour l'appréciation de la responsabilité notariale : le principe de cette responsabilité y est cependant virtuellement admis puisqu'aux termes de l'article 16 de la section II du titre premier, les notaires sont tenus de déposer un fonds de responsabilité en deniers dont il ne doit leur être servi aucun intérêt, mais grâce auquel ils sont dispensés de tous droits de patente.

Puisque l'Assemblée constituante n'a pas consacré d'une manière formelle le principe de la responsabilité des notaires, il en résulte bien certainement, sur ce point, comme dans tous les autres cas n'ayant pas été l'objet

de dispositions spéciales, qu'elle n'a en rien voulu modifier l'ordre de choses établi, c'est ce qu'a d'ailleurs déclaré formellement M. Frochot dans son rapport à la séance du 15 septembre 1791 (1). La jurisprudence a consacré ce principe par plusieurs arrêts pendant la Révolution (2).

Pendant cette période du droit intermédiaire il n'y eut donc pas d'innovation en ce qui concerne la matière de la responsabilité notariale. On doit par conséquent s'en référer, pour connaître l'état de la question lorsqu'elle fût abordée par le législateur de l'an XI, aux règles que nous avons dégagées, en vigueur dans la dernière période de l'ancien Droit français, règles qui, comme nous l'avons vu, étaient des plus restrictives et n'admettaient le principe de cette responsabilité qu'en cas de dol, ou de faute lourde assimilée au dol. Dans ces conditions fut discutée et adoptée la loi du 25 ventôse an XI, qui, bien que chronologiquement placée dans le Droit intermédiaire, ne peut être examinée ici. C'est elle en effet qui est toujours en vigueur, n'ayant été modifiée depuis que sur un nombre de points très limité ; de plus elle est fondamentale en cette matière du notariat dont elle forme le véritable Code, aussi aurons-nous l'occasion de l'étudier d'une façon approfondie, et d'en combiner les dispositions en ce qui touche les principes de la responsabilité des notaires avec les Codes posant les règles générales et les lois ou règlements spéciaux : de cette étude et de cette comparaison nous essayerons de dégager la solution des diverses questions que nous avons à examiner.

(1) *Moniteur Universel* du 17 septembre 1791, page 1080.

(2) Voyez notamment : Tribunal de Colmar, 29 pluviôse an X, Dalloz, *Répertoire de législation. Responsabilité*, n° 315.

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Les fonctions de notaire étant particulièrement délicates, et exigeant dans leur exercice une probité scrupuleuse, de plus les conséquences des actes délictueux ou criminels des notaires étant d'autant plus graves de la part de fonctionnaires spécialement désignés à la confiance de leurs concitoyens, il était tout naturel que la loi pénale sévit plus sévèrement contre des infractions ayant un caractère aussi sérieux et aussi exceptionnel.

La principale fonction des notaires, ainsi qu'il est expliqué dans l'article 1^{er} de la loi de ventôse, est d'attacher l'authenticité aux actes et conventions des parties. Tous les actes reçus par eux font donc foi de leur contenu, non seulement jusqu'à preuve du contraire, mais encore jusqu'à inscription de faux, tout au moins en ce qui concerne les faits qu'ils constatent personnellement : à savoir principalement la comparution et l'identité des parties, leurs consentements exprimés, le jour et lieu de la convention. Si un notaire commet un faux dans l'exercice de ses fonctions, soit un faux matériel, soit un faux intellectuel, il met celui au préjudice de qui il se rend coupable dans la nécessité, pour faire rétablir la vérité des faits, d'employer la voie de l'inscription de faux, procédure longue, compliquée et dangereuse puisqu'elle expose celui qui y succombe à des dommages-intérêts et à une amende, et qu'elle exige des modes de preuve tout particulièrement difficiles à se procurer. Il était

donc d'un intérêt public de ne pas laisser les notaires tentés d'abuser du pouvoir ainsi mis entre leurs mains, et de réprimer toutes leurs infractions par des pénalités d'une gravité toute exceptionnelle. C'est ce qu'a fait le législateur dans les articles 145 à 149 du Code pénal, punissant tout fonctionnaire public, coupable de faux en écritures authentiques, de la peine des travaux forcés à perpétuité, sans préjudice des réparations civiles que son crime peut entraîner.

Mais le notaire est non seulement le rédacteur des actes, il est en outre leur gardien puisqu'aux termes du même article de la loi de ventôse il doit en assurer le dépôt. C'est cette obligation qui est sanctionnée toujours au point de vue pénal par les articles 254 et 255 du Code pénal, complétés par l'article 408 du même Code.

Parmi les obligations imposées au notaire et sanctionnées par une disposition de la loi pénale, faut-il ranger le devoir au secret professionnel dont il est question dans l'article 378 ? La raison de douter est que, dans l'énumération donnée par cet article, il ne semble être fait aucune allusion aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire parmi lesquels les notaires doivent être rangés. Mais l'identité de motifs et la généralité même des termes employés dans la dernière partie du texte ne permet pas d'en refuser l'application aux notaires.

C'est l'opinion à laquelle semble, après quelques hésitations, devoir se ranger la jurisprudence.

Tout d'abord la Cour de cassation avait décidé que l'obligation du secret professionnel était limitée aux cas prévus par l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI, qui règle les circonstances dans lesquelles les notaires pour-

raient donner communication des actes par eux reçus, ou en délivrer des copies (1).

Mais plusieurs arrêts contraires des Cours d'appel et jugements des tribunaux (2) ont amené la Cour suprême à se départir de son système sur ce point, et par deux arrêts importants, l'un du 10 juin 1853 (3), l'autre du 7 avril 1870 (4), elle a admis que les notaires étaient compris dans l'énumération de l'article 378 du Code pénal, mais seulement dans le cas où le secret leur avait été recommandé.

Cette solution, quoique plus large que la précédente, est encore en deçà de la vérité. Il n'est point d'usage, lorsque l'on va chez son notaire lui demander ses conseils et lui exposer la situation où l'on se trouve, de l'avertir que l'on lui parle sous le sceau du secret. Une pareille recommandation est sous-entendue et la faire expressément serait rappeler indiscrètement aux notaires un devoir dont le souvenir ne doit jamais les abandonner.

De l'opinion à laquelle nous nous rangeons découlent deux conséquences : c'est d'abord l'application au notaire, qui aurait manqué à cette obligation, des peines édictées par l'article 378, c'est-à-dire un emprisonnement d'un mois à six mois et une amende de 100 francs à 500 francs. C'est en second lieu le droit pour lui de se retrancher derrière cette règle pour se refuser à révéler au cours d'une instruction criminelle les faits dont il a eu connaissance à l'occasion de son ministère.

(1) C. Cassation-Sirey, 30. 1. 564.

(2) Montpellier, 24 septembre 1827, Sirey, 27. 2. 414 ; Versailles, 21 août 1860.

(3) Sirey, 53. 1. 379.

(4) Sirey, 70. 1. 277.

A ces différents cas de responsabilité pénale nous pouvons ajouter les contraventions aux lois du timbre et de l'enregistrement. Mais ces contraventions, bien qu'elles entraînent des peines au véritable sens du mot, peines encourues pour des infractions ayant pour effet de modifier l'assiette de l'impôt, par des dissimulations, fausses déclarations ou omissions dans certains délais, engagent exclusivement la responsabilité pécuniaire du notaire. Toutes les peines en matière d'enregistrement et de timbre consistent en effet en amendes, et en amendes d'un genre particulier, ayant plutôt le caractère de dommages-intérêts, puisque le paiement en est poursuivi devant les tribunaux civils, et sous forme de procès entre l'administration des domaines et les contribuables récalcitrants. C'est au reste une question controversée que nous ne pouvons examiner ici, de savoir quelle est la véritable nature de ces amendes, si ce sont de vraies peines, ou des réparations civiles. Un grand intérêt s'attache à la solution de cette question ; sans la trancher dans un sens ou dans un autre, nous croyons devoir appliquer à cet ordre de responsabilité les principes que nous poserons à propos de la responsabilité civile, car si le notaire encourt souvent personnellement et directement certaines amendes qu'il doit seul supporter(1) il arrive également qu'il expose ses clients à des amendes ou réclamations qui, si elles ne l'atteignent pas directement, le soumettent au moins à des recours, et alors nous rentrons dans les cas de responsabilité purement civile.

(1) En cas de surcharge, interligne dans les actes (article 16, loi du 25 ventôse an XI), omission de la lecture des articles 12 et 13 de la loi des 23 et 24 août 1871, dans les cas prévus par cette loi, etc., etc.

Les fonctions notariales ayant, ainsi que nous l'avons vu, une importance capitale, il importe qu'elles soient exercées par ceux-là seuls qui ont qualité à cet effet, et qui ne l'ont pas perdue. Les articles 196 et 197 du Code pénal répriment sévèrement l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé.

RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE

En dehors des crimes et délits proprement dits, qui conduisent les officiers publics qui s'en rendent coupables devant la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel, et indépendamment des simples fautes dont la conséquence n'est qu'une condamnation à des dommages-intérêts éventuels, il fallait réprimer et prévenir des désordres qui, sans être susceptibles d'entraîner des peines de droit commun, pouvaient néanmoins causer de nombreuses perturbations dans la fortune des particuliers et des atteintes à la dignité de la corporation toute entière. Tel est l'objet des mesures disciplinaires.

Il existe, dans chaque profession, une réglementation détaillée, l'énumération des droits et devoirs de ceux qui l'exercent, et la sanction de leur exécution, mais, là où le besoin s'en faisait particulièrement sentir, c'est assurément pour le notariat, au bon exercice duquel l'ordre et la fortune publiques sont spécialement intéressés.

La loi du 25 ventôse an XI ne s'occupe que tout à fait accessoirement des questions disciplinaires : dans son article 50 elle en renvoie l'organisation à des règlements spéciaux, puis dans son article 53, elle pose le grand principe de la juridiction des tribunaux civils pour les peines disciplinaires les plus graves : la suspension et la destitution. Elle range également parmi les peines de leur compétence les amendes et dommages-intérêts, ce qui n'était que l'application des principes généraux,

les chambres, juridiction toute spéciale et purement disciplinaire, ne pouvant pas avoir la faculté de prononcer des réparations civiles ou pénales.

Le règlement prescrit par l'article 50 de la loi de ventôse an XI n'a été édicté qu'à la date du 2 nivôse an XII; cet arrêté a été abrogé par l'article 40 de l'ordonnance du 4 janvier 1843, par laquelle il a été remplacé, et cette ordonnance, elle-même toujours en vigueur, a été complétée sur beaucoup de points par les décrets des 30 janvier 1890 et 2 et 4 février suivants, par l'arrêté du ministre de la justice du 15 février 1890 et par une longue circulaire du même ministre aux procureurs généraux relative à son application (1).

Nous allons dire en quelques mots :

1° Quels sont les faits qui engagent la responsabilité disciplinaire des notaires ;

2° Quelle est la juridiction chargée d'apprécier ces faits ;

3° En quoi consiste la sanction de cette responsabilité.

§ I. — *Faits engageant la responsabilité disciplinaire des notaires.*

La loi du 25 ventôse an XI, prévoit formellement six cas d'infractions disciplinaires :

1° L'infraction à l'obligation de résidence au lieu fixé par le gouvernement (art. 4).

2° Instrumentation en dehors du ressort (art. 6).

(1) Dalloz, 90. 4. 7 et suivants.

3° Infraction résultant des surcharges, interlignes et additions (art. 16).

4° Délivrance d'expéditions ou communications d'actes à d'autres qu'aux personnes intéressées ou à leurs ayants droit, sans ordonnance du président (art. 23).

5° Délivrance d'une seconde grosse sans l'ordonnance du président (art. 26).

6° Cautionnement incomplet (art. 33).

Les autres codes, lois postérieures, décrets et ordonnances signalent une foule d'autres cas pouvant donner lieu à des poursuites disciplinaires contre un notaire ; nous ne pouvons les passer complètement en revue, nous citerons seulement à titre d'exemple :

Quand un notaire par suite de collusion ne publie pas le contrat de mariage d'un commerçant (1).

S'il contrevient aux articles 5 et 6 du décret du 5 novembre 1851 contenant le tarif des droits sur les ventes de fruits et récoltes, ou coupes de bois taillis.

En cas de dissimulation du prix véritable d'un office et de tout traité occulte ayant pour objet un supplément de prix (2).

Et d'une façon générale, les manquements plus ou moins graves aux devoirs de la profession notariale.

Mais en dehors des infractions à leurs attributions proprement dites, telles qu'elles ont été définies par le législateur de l'an XI, il est devenu nécessaire de prohiber toute une série d'actes n'ayant qu'un rapport indirect avec l'exercice du notariat, et dont l'accomplisse-

(1) C. comm., art. 68.

(2) C. Cass., 19 août 1847 (Dalloz, 48.5.104) ; 6 novembre 1850 (Dalloz, 50.1.324).

ment par les notaires constitue une extension illogique et dangereuse de leurs attributions normales.

C'est ainsi que l'article 19 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 contient les prohibitions suivantes, qui, en cas de contravention, peuvent motiver l'application de diverses peines de discipline.

Il est interdit aux notaires, aux termes de cet article, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées directement ou indirectement :

1° De se livrer à aucune spéculation de Bourse ou opération de commerce, banque, escompte et courtage ;

2° De s'immiscer dans l'administration d'aucune société, entreprise ou compagnie de finances, de commerce ou d'industrie ;

3° De faire des spéculations relatives à l'acquisition et à la revente des immeubles, à la cession des créances, droits successifs, actions industrielles et autres droits incorporels ;

4° De s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère ;

5° De placer en leur nom personnel des fonds qu'ils auraient reçus, même à la condition d'en servir l'intérêt ;

6° De se constituer garants ou cautions à quelque titre que ce soit des prêts qui auraient été faits par leur intermédiaire ou qu'ils auraient été chargés de constater par acte public ou privé ;

7° De servir de prête-noms en aucune circonstance, même pour les actes autres que ceux désignés ci-dessus.

Toutes ces prohibitions sont inspirées par le même esprit ; détourner les notaires d'une série d'opérations qui ne rentrent pas dans leurs attributions profession-

nelles proprement dites, puisqu'elles n'ont trait ni à la rédaction ni à la réception des actes, mais vers lesquelles ils se trouvent tout naturellement entraînés, à cause de la nature même de leurs occupations ordinaires, et des occasions multiples qui peuvent provoquer leur intervention.

Toutes ces mesures, qui ont pour sanction les diverses peines disciplinaires dont nous dirons quelques mots plus loin, ont, au point de vue de la responsabilité civile, un caractère purement préventif. Elles ont été édictées pour diminuer les cas où celle-ci pourrait se trouver engagée, pour laisser les notaires dans la sphère de leurs attributions propres, et éloigner d'eux la tentation de réaliser des bénéfices aléatoires, en compromettant plus ou moins les intérêts qui d'autre part leur sont confiés.

Mais soit que les parquets et les chambres n'aient pas tenu suffisamment la main à l'exécution de ces prescriptions, soit que des moyens suffisants de surveillance et de contrôle leur fissent défaut, beaucoup de notaires se laissèrent entraîner aux pratiques vicieuses condamnées par le législateur. Un grand nombre de destitutions et de catastrophes notariales se produisirent.

Sans doute les crises industrielles et commerciales qui sévirent dans ces dernières années n'ont pas été sans influence sur cette situation, mais celle-ci a également résulté des habitudes de spéculation qui se sont introduites dans presque toutes les régions et s'y sont maintenues en l'absence de toutes réglementations et de mesures sérieuses et pratiques (1).

(1) Rapport du Garde des sceaux au Président de la République du 30 janvier 1890.

Les notaires recevaient en dépôt et conservaient indéfiniment des sommes importantes et pouvaient en disposer sans contrôle. C'est là principalement la cause de ces désastres ; la facilité pour les officiers publics gênés ou malhonnêtes de puiser dans leurs dépôts et de les employer, soit à leurs dépenses personnelles, soit à des placements aventureux ou spéculations illicites est certainement une des causes des abus qui se sont produits.

C'est pour remédier à cet état de choses qu'a été rendu le décret du 30 janvier 1890, dont l'article premier ajoute une série de prohibitions à celles qu'avait édicté l'ordonnance de 1843. Ces mesures nouvelles sont conçues dans un esprit un peu différent des précédentes : elles ont en vue, non pas d'interdire à proprement parler les différents actes de spéculation, mais de les rendre pratiquement impossibles, en retirant aux notaires la disposition de sommes appartenant à autrui. Elles ont donc, au point de vue de la responsabilité civile, le même caractère préventif que les autres : leur but est également de diminuer les cas où celle-ci pourrait se trouver engagée.

C'est ainsi qu'elle défend aux notaires :

« De recevoir ou de conserver des fonds à la charge d'en servir l'intérêt ». Il est bien certain que pour ne subir aucune perte le notaire ne pourra pas conserver en caisse, des fonds dont il devra payer les intérêts : il sera entraîné, par la nécessité même des choses, à faire l'emploi de ces sommes et à chercher dans la spéculation non seulement ces intérêts dont il devra tenir compte à ses clients, mais encore un bénéfice l'indemnisant du ris-

que couru : c'est précisément là ce que le législateur a voulu empêcher.

« D'employer, même temporairement, les sommes et valeurs dont ils sont constitués détenteurs à un titre quelconque, à un usage auquel elles ne seraient pas destinées.

« De retenir, même en cas d'opposition, les sommes qui doivent être versées par eux à la caisse des dépôts et consignations dans les cas prévus par les lois, décrets ou règlements.

L'opposition en effet les frappera aussi bien entre les mains des comptables de l'Etat qu'entre celles des notaires ; ceux-ci n'auront pas l'excuse, s'ils ont fait un usage prohibé par l'article précédent des fonds qu'ils avaient entre les mains, et s'ils ne peuvent ou ne veulent les dégager de l'affectation qu'ils leur avaient indûment donnée, d'une opposition que peut-être ils auront pu eux-mêmes susciter pour se soustraire à leurs obligations.

« De faire signer des billets ou reconnaissances en laissant le nom du créancier en blanc ».

Le législateur a voulu empêcher le notaire lui-même d'être ce créancier et d'avoir de la sorte la libre disposition de sommes plus ou moins considérables.

« De laisser intervenir leurs clercs sans un mandat écrit dans les actes qu'ils reçoivent ».

Cette prohibition qui, à première vue, semble ne se rapporter qu'indirectement à l'ordre d'idées suivi jusqu'ici et que nous avons signalé en commençant cette énumération, s'y rattache au contraire étroitement et en est en quelque sorte le corollaire. Les actes en effet auxquels cette mesure s'appliquera le plus souvent seront les prêts

d'argent, avec ou sans constitution d'hypothèque, et lorsque le mandant du clerc sera le créancier. Il est peu probable qu'avant ce décret, un notaire se fût risqué à accepter l'intervention d'un mandataire verbal, soit dans un contrat synallagmatique d'où résultent des obligations pour la partie absente, soit dans un acte qui, devant être authentique à peine de nullité, exige une procuration également authentique : il se fût exposé en effet en le faisant à de trop graves responsabilités civiles en cas de contestations ultérieures sur la validité du mandat. Cet article vise donc presque exclusivement les prêts d'argent, où le mandat se trouve présumé par le fait que le clerc aura entre les mains les fonds à placer, et où d'ailleurs l'obligation principale de l'emprunteur étant unilatérale, il ne résulte pour le créancier d'autres engagements que ceux concernant les modalités. Quant à l'acceptation de l'hypothèque, qui est cependant indispensable pour la formation du contrat, elle peut n'être que tacite, donc à plus forte raison n'exige-t-elle pas de mandat constaté par acte authentique ou même sous signatures privées (1).

Un notaire pouvait donc, dans l'ancien état de choses, et sans courir le risque d'engager sa responsabilité, laisser intervenir ses clers comme mandataires verbaux dans ces circonstances ; d'autre part le clerc n'est pas considéré de plein droit comme personne interposée et comme prête-nom du notaire, ce qui eût vicié l'acte par l'application de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI (2). Le décret de 1890 a précisément voulu reve-

(1) Aubry et Rau, III, p. 275 et 266.

(2) Lyon, 11 février 1851, D. 52. 2. 136.

nir sur cette théorie : il a supposé qu'en fait les clercs seraient les mandataires bien plus du notaire, que du propriétaire des fonds dont on faisait l'emploi ; il a craint que par suite celui-ci ne fût pas informé exactement de la manière dont étaient placées les sommes qu'il avait remises au notaire, et a voulu ôter à ce dernier, en le mettant dans l'obligation de faire signer au prêteur une procuration spéciale, la tentation de compromettre les intérêts dont il a la garde par des spéculations dange-reuses.

Puis l'article 2 du décret du 30 janvier 1890 défend aux notaires de conserver plus de six mois les sommes qu'ils détiennent pour les tiers à quelque titre que ce soit. Ils doivent les déposer à la caisse des dépôts et consignations dans certaines conditions et moyennant certaines formalités détaillées dans un décret du 2 février suivant. Et enfin ce même décret du 30 janvier s'occupe de la sanction pratique de ces diverses prohibitions et assure les moyens de contrôle.

Toutes les infractions à ces dispositions motivent, indépendamment de la responsabilité civile qu'elles peuvent entraîner, l'application des peines disciplinaires. Mais, en dehors de ces cas prévus par des textes, il en existe une foule d'autres ne pouvant pas être l'objet de mesures spéciales par suite de leur trop grande diversité. En principe, en effet, l'action disciplinaire peut être dirigée contre tous les notaires en exercice et pour tout acte de nature à porter atteinte aux principes et habitudes de probité, d'honneur, de délicatesse et de stricte observation des lois que doivent pratiquer les notaires. Par conséquent elle s'applique à des faits qui

ne peuvent être définis à l'avance, et qui, émanés des autres citoyens, ne donneraient lieu à aucune répression. Les actes même de la vie privée d'un notaire peuvent y être soumis (1).

C'est ainsi que tout récemment la Cour d'appel de Limoges a décidé que le fait pour un notaire d'avoir compromis sa dignité professionnelle, en prenant une part active à des scènes de tumulte, et en se portant à cette occasion à des voies de fait à raison desquelles il avait encouru une peine correctionnelle, constituait une infraction à la discipline (2).

Si des faits de cette nature, tout à fait indépendants des devoirs professionnels du notaire, peuvent motiver l'application des peines dont nous nous occupons, à bien plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'un notaire, soit par suite d'une complaisance coupable, soit peut-être même seulement d'une grande négligence, aura facilité à des agents d'affaires peu scrupuleux l'accomplissement d'opérations ayant pour résultat une violation, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de la loi.

C'est ce qu'a jugé tout récemment le tribunal civil de la Seine (3) qui a décidé qu'un notaire ayant prêté son ministère à des opérations ayant pour résultat de faire échec aux conditions de remploi imposées par les contrats de mariage en matière de régime dotal, ne pouvait être maintenu dans ses fonctions, et l'a destitué.

(1) Rapport de M. le conseiller Petit à la Cour de cassation, Dalloz, 1889. 1. 228.

(2) Limoges, par infirmation d'un jugement du tribunal de Brives. 30 juillet 1889 (Dalloz, 90. 1. 346).

(3) 20 novembre 1891, jugement qu'a confirmé par adoption de motifs la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 1892.

Le Tribunal et la Cour se sont montrés sévères en cette circonstance ; leur décision se justifie par la nécessité qui a paru s'imposer de faire un exemple, afin de conserver au notariat parisien le renom d'intégrité qu'il a su garder mieux que celui de certaines régions de la France. Cependant il s'agissait en l'espèce de pures complaisances, le notaire incriminé s'était excusé d'avoir provoqué ces opérations ou de les avoir négociées, il avait simplement donné la force authentique indispensable à des conventions conclues en dehors de lui : bien plus il ne niait pas la responsabilité civile pouvant lui incomber, et avait été au devant de toute réclamation à ce sujet.

La réparation pécuniaire n'a pas paru suffisante au tribunal qui a appliqué la peine la plus forte de celles qu'il avait à sa disposition : il l'a fait, sans se fonder sur la mauvaise foi du notaire ni sur la connaissance qu'il aurait eue de la fraude qu'il favorisait, il s'est contenté d'admettre simplement une grande négligence de sa part.

« Attendu, a-t-il dit, que l'officier public ne peut être dispensé d'un examen personnel qui s'impose à lui dans toutes les affaires où il intervient et qui, dans l'espèce, quelque léger qu'il fût, suffisait pour amener la découverte de la fraude.

Et il conclut ainsi : Attendu enfin que, si le notaire a spontanément indemnisé les personnes dont les intérêts ont été lésés par les actes incriminés, ces actes n'en conservent pas moins une gravité exceptionnelle qui entache la dignité personnelle de l'officier public, et, en révélant chez lui une méconnaissance habituelle de ses devoirs professionnels les plus étroits, pour ne pas dire une to-

lérance coupable de pratiques frauduleuses, ne permet pas de le maintenir dans ses fonctions ».

§ II. — *Juridictions disciplinaires.*

En ce qui concerne l'action disciplinaire il y a deux juridictions compétentes : les tribunaux civils et les chambres de discipline. La composition et le fonctionnement de celles-ci sont déterminés par l'ordonnance que nous avons déjà citée du 4 janvier 1843.

Cette ordonnance est en fait divisée en deux parties : elle traite tout d'abord des chambres de notaires, et ensuite de la discipline notariale. Cette division est fort rationnelle, car, si l'une des attributions des chambres des notaires est la discipline, elles en ont une foule d'autres qu'il importait de régler à part, et de plus les notaires, au point de vue de la discipline, ne relèvent pas exclusivement des chambres.

Les notaires de chaque arrondissement, réunis en assemblée générale, nomment quelques-uns d'entre eux qui composent la chambre de discipline. Ces membres élus pour trois ans et renouvelables chaque année par partie, désignent un président, un syndic, un rapporteur, un secrétaire et un trésorier.

Les fonctions de cette chambre sont multiples et variées. Elle doit prévenir ou concilier tout différend entre les notaires ou entre les notaires et les particuliers, mais en ce cas, elle ne peut imposer de décision, n'ayant aucune juridiction sur les personnes étrangères au notariat. Elle doit donner son avis, son conseil toutes les fois

qu'une difficulté s'élève. Elle a de plus les attributions d'un véritable administrateur, délibère sur toutes les mesures à prendre dans l'intérêt de la corporation, règle les dépenses de la bourse commune, délivre aux aspirants des certificats de capacité et de moralité, fait des règlements particuliers et exerce une action disciplinaire sur ses membres.

L'article 14 de l'ordonnance de 1843 détermine la sphère des attributions disciplinaires de la chambre, il énonce les peines qu'elle peut appliquer et dont nous dirons quelques mots plus loin ; d'autre part l'article 53 de la loi de ventôse dit formellement que les deux peines les plus graves de celles dont nous nous occupons, la suspension et la destitution, doivent être prononcées par les tribunaux civils. Faut-il en conclure une séparation bien nette et bien précise entre les pouvoirs des deux corps qui se partagent l'autorité disciplinaire ? Il est bien certain que la chambre ne pourrait, sans commettre un excès de pouvoir et une illégalité, prononcer de suspension, ni de destitution, et qu'on ne saurait poursuivre devant les tribunaux le notaire passible d'une des peines énoncées en l'article 14 de l'ordonnance de 1843 (1) ; mais quand, sur une demande de suspension ou de destitution, le tribunal aura jugé cette réparation exagérée, lui sera-t-il loisible de prononcer une des peines d'une importance moindre dont nous avons parlé, ou devra-t-il renvoyer le notaire indemne de toute condamnation, et laisser à la chambre, alors compétente, le soin de faire usage des moyens que le législateur a mis

(1) Cass., 1^{er} avril 1844, D. 44.1.150 ; Cass., 20 janvier 1847 ; D. 47.1.48.

à sa disposition ? En d'autres termes, la compétence respective des deux juridictions disciplinaires devra-t-elle se régler par le *quantum petitum*, la peine demandée ou le *quantum judicatum*, la peine prononcée ?

Nous croyons devoir adopter la seconde solution. La rédaction de l'article 53 de la loi de ventôse est trop précise, trop formelle, pour laisser le moindre doute à cet égard. La sphère d'action des tribunaux y est formellement déterminée et limitée. En vain dira-t-on qu'une autorité compétente pour prononcer les peines les plus graves, le sera à plus forte raison quand il s'agira d'en appliquer de moindres, nous ne pensons pas que cette maxime, qui d'ailleurs ne s'appuie sur aucun principe juridique général, puisse intervenir ici. L'ordre d'idées est en effet entièrement différent : dans le premier cas il s'agit de mesures particulièrement graves qui intéressent non seulement le notaire incriminé et la corporation dont il fait partie, mais également les autres citoyens et qui, par suite de leur portée générale, motivent l'intervention du pouvoir judiciaire ; dans l'autre cas on se trouve en présence, comme nous le verrons, de peines d'un ordre tout à fait intérieur. Et supposons qu'un tribunal ait prononcé la plus forte de ces peines, par exemple l'interdiction de l'entrée de la chambre pendant plus ou moins longtemps, quels moyens aura-t-il à sa disposition pour faire exécuter sa décision ? Pourra-t-il charger le ministère public d'intervenir et de faire annuler l'élection de ce notaire par ses collègues ? Et quelle autorité sera compétente pour casser les actes de l'assemblée générale ? Comme on le voit, l'on aboutirait à un conflit inévitable qu'il est bien certain que le législateur

a voulu empêcher en délimitant, aussi formellement qu'il l'a fait, la compétence respective des deux juridictions disciplinaires.

Tel n'a pourtant pas été l'avis de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 20 novembre 1848 (1), a, sur le rapport de M. le conseiller Troplong, confirmé la peine de rappel à l'ordre prononcée contre un notaire par la Cour de Douai en se basant sur le fait que l'objet initial des poursuites avait été la suspension.

§ III. — *Sanction de cette responsabilité.*

La sanction de la responsabilité disciplinaire est consacrée, comme nous l'avons vu, par la loi du 25 ventôse an XI et l'ordonnance du 4 janvier 1843. Le décret récent du 30 janvier 1890 ne contient aucune disposition nouvelle à cet égard, il étend les cas d'application des peines existantes mais n'en crée pas de spéciales pour les cas qu'il prévoit.

Les peines de cette nature sont :

- 1° Rappel à l'ordre ;
- 2° Censure simple par la décision même ;
- 3° Censure avec réprimande par le président au notaire en personne dans la chambre assemblée ;
- 4° Privation de voix délibérative dans l'assemblée générale ;
- 5° Interdiction de l'entrée de la chambre pendant un temps qui ne peut excéder trois ans pour la première fois, mais peut s'étendre à six ans en cas de récidive ;

(1) Dalloz, 48. 1. 253.

6° Suspension ;

7° Destitution ;

Ces deux dernières peines, comme nous l'avons expliqué plus haut, sont prononcées par l'autorité judiciaire ; la chambre de discipline doit néanmoins être consultée et son avis est entouré de diverses formalités énumérées par l'ordonnance de 1843, dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer ici, non plus que dans celui des effets respectifs de ces diverses sanctions, à cause du caractère purement réglementaire de ces mesures.

Nous avons ainsi très sommairement passé en revue les principes fondamentaux de la discipline notariale, les applications législatives qui en ont été faites, les modifications que l'on y a apportées récemment et la sanction fort énergique de toutes ces dispositions. Aussi bien pouvons-nous nous demander si l'on peut espérer de cet ensemble de mesures le résultat que l'on s'en est promis, voir décroître, sinon disparaître entièrement, le nombre des désastres notariaux, malheureusement si fréquents dans ces dernières années, voir les notaires se renfermer strictement dans leur rôle naturel d'officiers publics et s'abstenir des pratiques fâcheuses constatées récemment ? Bien que la réponse à cette question sorte du cadre purement juridique de notre étude, elle tient si intimement à notre sujet que nous nous permettrons d'en dire quelques mots.

La clef de voûte de tout ce système répressif et préventif est la chambre de discipline. Nous avons dit ce qu'elle est et quelles sont ses attributions. Mais jouit-elle bien partout de l'autorité et de l'indépendance né-

cessaires pour mener à bien la tâche qui lui est confiée ? Elle se compose, dans un arrondissement ordinaire, environ du tiers des membres constituant la compagnie des notaires de l'arrondissement. Les membres actuels de cette chambre, et ceux en ayant fait partie, sont chargés des opérations de contrôle prescrites sur leurs collègues plus jeunes, et doivent se surveiller réciproquement.

Mais en fait il s'établit entre les notaires d'un même arrondissement, attendu leur petit nombre, les rapports continuels qu'ils ont les uns avec les autres, des relations qui, si elles ne sont pas toujours d'une parfaite camaraderie, les empêchent néanmoins de jouir les uns vis-à-vis des autres de l'indépendance qui leur serait indispensable pour s'acquitter de leur mission.

De plus l'antagonisme qui souvent existe entre notaires, non seulement d'une même résidence, mais aussi d'un même arrondissement, la crainte de représailles possibles rend fort délicate la mission dont ils ont à s'acquitter les uns vis-à-vis des autres, peut empêcher les notaires inspecteurs de se montrer rigoureux, d'exiger des justifications, de s'assurer qu'à côté de la comptabilité officielle, qui pourra se trouver bien en règle, il n'existe pas une comptabilité particulière destinée à dissimuler les opérations prohibées, et par suite rendant vaines toutes les dispositions législatives ou réglementaires.

En effet les notaires auxquels on demanderait des explications ou des justifications trop détaillées, trop précises, auxquels on ferait des reproches, pour négligence dans la tenue de leur comptabilité, seraient disposés

souvent à voir là un acte d'hostilité, de vengeance pour quelque ancienne cause de rivalité, ce qui envenimerait les rapports souvent très tendus pouvant exister entre eux, et si regrettables à tous égards.

Où pourrait donc se trouver le remède ? Faudrait-il confier aux magistrats du parquet la vérification de la comptabilité notariale ? Outre qu'il y aurait là pour eux un surcroît de travail assez considérable, ils pourraient être entraînés par leurs habitudes professionnelles à se montrer trop rigoureux, trop méticuleux et parfois ils seraient exposés à précipiter de la sorte des catastrophes qu'un avertissement salutaire et une main moins rigide eussent pu prévenir. Ils sont de plus peu au courant de tout le détail d'une étude de notaire et pourraient par suite frapper à faux. Ce sont donc des notaires ou d'anciens notaires qui devront exercer les uns sur les autres l'autorité et la surveillance qui sont indispensables. N'y aurait-il pas un moyen de tout concilier ?

Voyons ce qui se passe dans les grandes villes : à Paris par exemple, la chambre exerce sur tous les notaires une autorité non seulement disciplinaire au sens légal du mot, mais encore morale et effective. Aussi les catastrophes notariales sont-elles fort rares à Paris et dans les grandes villes ; la cause en est que, grâce à leur grand nombre, à leur indépendance relative, il ne peut s'établir entre les notaires, la camaraderie ou les rivalités qui existent entre notaires faisant partie d'une compagnie moins nombreuse, et que, toutes les raisons que nous avons expliquées n'existant pas, ils peuvent efficacement se surveiller et se contrôler réciproquement.

Il faudrait donc amener les notaires de province à

être plus indépendants les uns des autres, ou plutôt choisir les notaires exerçant une autorité sur leurs collègues, parmi ceux qui n'auront pas de lien commun avec ceux-ci. On obtiendrait peut-être ce résultat en étendant la compétence territoriale des chambres de discipline et en remplaçant celles qui existent actuellement dans chaque arrondissement, par une autre se réunissant, sinon au siège de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle on se trouvera, tout au moins au chef-lieu du département ou au siège de la Cour d'assises. De cette façon la chambre de discipline étant bien moins nombreuse par rapport au nombre total des notaires, les membres la composant ne connaissant que fort peu leurs collègues des autres arrondissements, il se trouvera toujours une majorité impartiale qui pourra s'occuper des vrais intérêts de la corporation.

De plus les délégués chargés de veiller à l'exécution des règlements pourraient être choisis parmi les notaires d'un autre arrondissement, et ceux soumis de la sorte au contrôle de leurs collègues n'auraient à leur tour aucune surveillance à exercer sur eux : ce résultat serait facile à atteindre au moyen d'un roulement judicieusement établi.

Nous savons bien qu'il y aurait des difficultés pratiques dans la réalisation de ce plan : les distances souvent très grandes à parcourir pour que les membres de la chambre puissent se réunir, les convocations nécessairement plus fréquentes à cause de l'extension de la compétence, la perturbation qui s'ensuivrait de déplacements répétés dans les affaires dont sont chargés les notaires membres de la chambre, il est certain que ce

sont là de graves et sérieux inconvénients qui ont déterminé le législateur de l'an XI à suivre le parti qu'il a adopté ; mais depuis les conditions où l'on se trouve sous ce rapport n'ont-elles pas changé ? Le principal obstacle, la distance à parcourir, n'a-t-il pas été fort diminué ? N'était-il pas parfois plus difficile alors de traverser un arrondissement, qu'aujourd'hui un département ? Nous ne pouvons entrer ici dans des détails de réglementation intérieure, ni nous étendre plus longuement sur cette idée qui, si elle tient intimement à notre sujet, n'offre pas encore le caractère juridique nécessaire, pour nous permettre de la traiter dans ce travail d'une façon approfondie.

RESPONSABILITÉ CIVILE

La responsabilité civile est l'obligation où se trouve une personne de réparer, au moyen d'une indemnité pécuniaire, le préjudice causé par elle à une autre par son fait, sa négligence ou son imprudence.

Le principe de cette responsabilité a été formulé d'une façon générale et de la manière la plus nette et la plus précise dans les articles 1382 et 1383 du Code civil : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ».

Ces règles, qui sont une émanation directe de l'équité et du droit naturel, ont été admises dans tous les temps et dans tous les pays ; elles sont formulées par le législateur du Code civil, de la manière la plus générale et paraissent, au premier abord, devoir s'appliquer indistinctement à toutes les situations.

Cependant ont-elles en réalité une portée aussi absolue ? Souvent, dans un intérêt public, en vue du bon fonctionnement des institutions fondamentales d'un pays, ne trouve-t-on pas des cas où le législateur a été amené à y déroger d'une façon plus ou moins complète ?

Sans parler de l'irresponsabilité, au point de vue civil, des membres des pouvoirs législatif et exécutif, il est hors de doute qu'au même point de vue les magistrats

de l'ordre judiciaire ne soient placés dans une situation exceptionnelle : nous avons essayé de mettre ce point en lumière dans la comparaison que nous avons faite sous ce rapport entre le juge romain et le juge français (1) ; nous nous sommes également efforcés de dégager les motifs qui ont guidé le législateur moderne. De même la responsabilité des comptables de deniers publics, celle des conservateurs des hypothèques, sont l'objet de dispositions particulières et plus ou moins déroatoires au droit commun.

Il est donc à juste titre permis de se demander s'il n'est pas de même pour les officiers publics de l'ordre judiciaire, si, à raison de la nature de leurs fonctions, de la mission dont ils sont investis, les notaires, avoués, huissiers, etc., n'ont pas été soumis sous ce rapport également à une réglementation spéciale.

C'est le point que nous allons nous efforcer de dégager en ce qui concerne seulement les premiers de ces officiers ministériels : les notaires.

Il importe de faire dès maintenant une remarque fondamentale : le notaire peut se trouver exposé à des recours dans deux hypothèses différant essentiellement l'une de l'autre : d'une part il peut avoir commis des fautes dans l'exercice de sa profession proprement dite, et à l'occasion d'actes qu'il a faits en sa qualité de notaire, et qu'un notaire seul aurait le pouvoir de faire ; d'autre part on peut lui demander de réparer le préjudice qu'il aura causé par suite de faits accomplis par lui, et ne rentrant pas dans sa mission spéciale telle que l'a définie le législateur de l'an XI.

(1) Thèse de Droit romain. Conclusion.

Ces faits seront très fréquents dans la pratique, car la force même des choses, la situation spéciale des notaires, leurs connaissances professionnelles les entraînent à se charger d'une série d'opérations qui ne rentrent pas dans leur ministère proprement dit, n'ayant trait ni à la rédaction, ni à la conservation des actes authentiques, mais qui en sont en quelque sorte le complément naturel, car elles concernent les formalités qui sont la suite des actes, la négociation des affaires, etc., etc. (1).

Il est bien certain que si le législateur, guidé par les motifs que nous avons dits, et par analogie avec les autres cas dont nous avons parlé, a institué pour l'appréciation de la responsabilité notariale des règles spéciales différant du droit commun, il n'a eu en vue et n'a voulu viser les notaires qu'en tant que fonctionnaires publics, et exerçant par délégation une portion de l'autorité publique.

Nous aurons donc à séparer soigneusement ces deux ordres de faits pour envisager les éléments de la responsabilité notariale. C'est pourquoi, dans un premier chapitre, nous parlerons de la responsabilité professionnelle des notaires proprement dite.

Ce chapitre sera divisé en deux sections : dans la première section, nous nous efforcerons de poser les principes généraux ; et, dans la seconde, nous passerons en revue les principaux cas de responsabilité prévus par les textes.

Dans un second chapitre, nous nous occuperons de la responsabilité pouvant résulter pour le notaire des faits

(1) Larombière, *Des obligations*, t. X, p. 696.

en dehors de ses fonctions proprement dites, et nous essayerons de montrer comment on doit, dans ces cas, lui faire l'application des règles du droit commun.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous dirons quelques mots des moyens que le notaire peut employer pour échapper à cette responsabilité : c'est-à-dire des clauses préventives ou d'exonération.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ CIVILE DES NOTAIRES COMME OFFICIERS PUBLICS.

SECTION I

Principes généraux.

Le principe de la responsabilité civile des notaires comme officiers publics avait été virtuellement admis par l'article 16 du décret des 29 septembre-6 octobre 1791, qui leur imposait le dépôt, à titre de garantie des faits de leurs fonctions, d'un fonds de responsabilité en deniers.

Cette même idée fut reproduite par l'article 33 de la loi du 25 ventôse an XI, ainsi conçu :

« Les notaires exercent sans patente, mais ils sont assujettis à un cautionnement fixé par le gouvernement d'après les bases ci-après, et qui sera spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions ».

Enfin cette loi, qui forme le véritable code spécial et toujours en vigueur du notariat français, consacre, dans son article 68, le principe de la responsabilité civile des notaires, dans un certain nombre de cas bien nettement définis :

« Tout acte, y est-il dit, fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52,

64, 65, 66 et 67 est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et, lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signatures privées : sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant ».

Ce texte spécial et en apparence exceptionnel est-il la seule source de la responsabilité des notaires ? A-t-il à leur égard, comme pour les juges les articles 505 et suivants du Code de procédure civile, rendu inapplicables les règles du droit commun énoncées dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ? Ou bien plutôt, par une sage combinaison de ses dispositions avec la loi générale, ne peut-on pas arriver à trouver une formule qui soit la juste expression de la volonté du législateur et qui, en même temps, puisse concilier tout à la fois l'intérêt public et les principes de l'équité ?

Avant d'entrer dans l'examen des systèmes qui ont été soutenus à ce sujet, et par suite des arguments sur lesquels s'appuyent les différentes opinions émises et desquels résultera la solution cherchée, il est indispensable de poser quelques idées générales dont l'application s'impose et les points qui, étant acquis, resteront hors de toute controverse.

Dans tous les cas, pour qu'il y ait lieu à réparation civile de la part d'un notaire, il faudra, conformément aux principes généraux, qu'il y ait dommage causé à autrui : c'est une condition indispensable posée par les articles 1382 et 1383 du Code civil et sans laquelle on ne conçoit pas la possibilité d'un recours tendant à une indemnité pécuniaire. Ce préjudice doit être certain,

actuel, résulter directement du fait dommageable, et, en général, remplir les conditions de droit commun pour motiver une action en responsabilité. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de chacun de ces points non plus que dans l'énumération de ceux qui, n'étant qu'une application des principes généraux, ne présentent aucun caractère particulier dans leur application au sujet de l'appréciation de la responsabilité notariale : il faudrait pour cela refaire la théorie des quasi-délits et de la responsabilité ce qui nous entraînerait en dehors des limites du sujet dont nous nous occupons (1).

Le notaire peut, dans l'exercice de ses fonctions, causer préjudice à autrui par fraude, dol ou simplement par sa faute. Dans les deux premiers cas, lorsqu'il y a fraude ou dol de sa part, sa responsabilité sera engagée et devra être appréciée avec toutes les aggravations que le droit commun a introduites dans une situation analogue (2). Sur ce point le doute n'est pas permis : l'ancien droit, qui s'était montré des plus restrictifs en matière de responsabilité notariale, avait toujours admis ce principe ; aucune disposition de la loi spéciale du notariat, ni des codes et lois générales n'est venue le modifier, il subsiste donc avec toute sa rigueur.

Bien plus le Code de procédure civile, dans son article 505, autorise formellement la prise à partie en cas de dol, fraude ou concussion. Si le juge encourt dans ce cas une responsabilité civile particulièrement grave, à

(1) Voir sur tous ces points : Sourdat, *De la responsabilité en dehors des contrat*, tome I, n° 42 et suivants.

Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*, p. 44.

(2) Articles 1150 et 1151 du Code civil.

bien plus forte raison en doit-il être de même du notaire en faveur duquel le législateur s'est montré beaucoup moins libéral. Ce principe au surplus n'a jamais été contesté par personne (1).

Le troisième élément pouvant engager la responsabilité civile du notaire est la faute. C'est au sujet de l'appréciation de cette faute, du degré de gravité nécessaire, que de nombreuses controverses se sont engagées et qu'aujourd'hui encore il est difficile de dégager une solution bien nette et qui soit adoptée par la doctrine et la jurisprudence.

La faute est un manquement, voulu ou non voulu, mais toujours non intentionnel, à un devoir juridique (2).

Elle peut consister, soit dans un fait positif, soit simplement dans une omission de faire, et, dans les deux cas est susceptible de se présenter environnée des circonstances les plus diverses de nature à en modifier presque entièrement la gravité.

Pothier avait, s'inspirant des jurisconsultes romains, admis la division tripartite des fautes (*culpa lata, levis et levissima*) (3). Le législateur français a-t-il après lui consacré cette théorie ? Rien dans le Code civil ne paraît permettre un tel système : dans plusieurs cas et dans plusieurs circonstances sans doute, il a fait l'application, tantôt de l'un, tantôt de l'autre de ces types, mais nulle part il n'a indiqué cette division comme générale et comme lui ayant servi de base pour l'appréciation des

(1) Duranton, *Cours de Droit français*, IX, n° 122, Mourlon et Jeanne St-Hilaire, *Formulaire général à l'usage des notaires* (De la responsabilité des officiers publics et ministériels) etc.

(2) Fromageot, *op. cit.*, p. 4.

(3) Pothier, *Obligations*, n° 142.

cas particuliers (1). Nous n'avons donc pas quant à présent à examiner en détail cette théorie ; nous aurons au surplus, en parlant des différents systèmes proposés pour servir de base à l'appréciation de la responsabilité notariale, l'occasion de montrer auquel des types de la faute ces divers systèmes ont été amenés à se rallier.

Contentons-nous quant à présent et avant d'entrer dans le détail de dire quelques mots de la première de ces fautes : la faute lourde.

Comme nous l'avons vu dans l'exposé historique que nous avons fait de l'évolution qu'a subie le principe de la responsabilité des notaires, notamment dans l'ancien Droit français, la faute lourde avait de tous temps, sous ce rapport, été assimilée au dol. Cette assimilation, qui avait son origine dans le Droit romain (bien que cependant, même là, la faute lourde n'eût jamais produit tous les effets du dol) (2) était complète à ce point de vue : puisque, dans les mêmes conditions et au même degré que le dol, la faute lourde des tabellions engageait leur responsabilité.

En est-il de même aujourd'hui ? D'une façon générale, et bien que la jurisprudence ait suivi sous ce rapport l'ancienne théorie, nous ne voyons nulle part que le Code civil ait consacré cette assimilation. Que, dans la plupart des cas, et quand il s'agit de l'application des règles de la responsabilité, les deux causes doivent produire les mêmes effets, cela n'est pas douteux ; mais les deux situations ne peuvent être considérées néanmoins comme absolument identiques. Cette différence tient à la nature

(1) Aubry et Rau, t. IV, note 26, page 100. Colmet de Santerre, t. V, p. 67, n° 54 bis. Demolombe, XXIV, 402 à 412.

(2) Accarias, *Précis de Droit romain*, tome II, n° 662, p. 611, note 1.

même des choses : « On me répond, disait un de nos législateurs (1), le dol et la faute lourde c'est la même chose. Moi qui ne suis pas un jurisconsulte, j'y vois une différence... Le dol implique, il me semble, la tromperie, le mensonge, quelque chose qui ressemble à des manœuvres frauduleuses, tandis que l'on peut très bien avoir commis une faute lourde par simple incurie ou par imprévoyance ».

Quoi qu'il en soit, hâtons-nous de constater qu'aussi bien que le dol, la faute lourde du notaire engagera sa responsabilité. Le système le plus restrictif en cette matière admet, qu'à la différence du juge, le notaire sera toujours responsable du dommage occasionné par sa faute lourde. Telle était d'ailleurs la doctrine de l'ancien Droit.

Il n'est donc pas douteux que, dans tous les cas, le notaire doit être déclaré responsable du préjudice qu'il aura causé par fraude, dol ou faute lourde.

Quant au surplus, c'est-à-dire au degré de gravité de la faute nécessaire pour engager la responsabilité du notaire, on se trouve en présence de deux systèmes principaux.

Premier système. — La responsabilité des notaires est réglée par des lois spéciales à ces officiers ministériels ; en vertu du principe : « *specialia generalibus derogant* » les articles 1382 et 1383 leur sont inapplicables, ils sont soumis seulement aux dispositions les concernant spécialement, c'est-à-dire principalement l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI et aux principes

(1) Paroles de M. Tolain au Sénat. *Journal officiel*, Sénat, séance du 12 mars 1889, p. 241.

de l'ancien droit qui n'ont pas été formellement abrogés (1).

Dans ce système qui, comme on le voit, s'appuie sur des raisons juridiques d'une grande valeur, les notaires devaient être déclarés responsables à raison des faits de leurs fonctions, seulement en cas de fraude, dol, faute lourde, ou de violation d'une de leurs obligations formellement sanctionnée par les dommages-intérêts, violation qui devrait être appréciée « s'il y a lieu » ainsi que le prescrit l'article 68. Nous aurons l'occasion d'expliquer quel sens on doit donner à ces mots s'il y a lieu. La responsabilité des notaires serait donc strictement professionnelle « c'est-à-dire exclusivement limitée aux dispositions qui régissent la réception des actes et contrats, aux conditions extrinsèques de validité de ces mêmes actes et enfin aux cas sus-énoncés de droit commun : fraude, dol, impéritie grave (2) ».

Quant aux articles 1382 et 1383 du Code civil, ils seraient inapplicables à cette matière : ils supposent en effet la violation d'un devoir général existant au profit de tous les citoyens, et ne peuvent servir de règle vis-à-vis du notaire qui en instrumentant, accomplit un acte de sa fonction publique.

Ce système ne peut cependant pas selon nous être admis, car il est impossible avec lui de donner une solution équitable à tous les cas de responsabilité qui peuvent

(1) Ce système a été soutenu par MM. Mourlon et Jeannest St-Hilaire, *Formulaire général à l'usage des notaires* (De la responsabilité des officiers publics et ministériels). Pagès, *De la responsabilité des notaires*. Paul Pont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. VII, année 1855, p. 53 et suivantes. Ch. Vergé, *De la responsabilité des notaires*, nos 2 et 3.

(2) Langlois, *Dissertation reproduite dans le répertoire de Defrénois*, année 1882, II, 129.

se présenter. On ne peut en effet sanctionner moins sévèrement une irrégularité commise dans un cas non formellement prévu par la loi, comme devant causer la responsabilité, que dans un de ceux rentrant dans son énumération, alors que le préjudice et que le degré de faute du notaire sont identiques. Il y a une exagération inadmissible, à prétendre qu'il faudra un dol ou une faute grossière pour engager la responsabilité du notaire, en cas de défaut de constatation de l'individualité des parties contractantes (art. 11, loi du 23 ventôse an XI), de refus d'instrumenter (art. 3, même loi), de nullité de testament ou de donation, etc.

Et, pour admettre que, dans toutes ces circonstances que la loi spéciale n'a pas sanctionnées, la faute même grossière peut engager la responsabilité du notaire, à quelle législation est-on obligé de recourir ? Aux principes généraux de l'ancien Droit français ! Mais si la loi générale du Code civil n'a pas abrogé la loi spéciale du notariat dans aucune de ses dispositions, elle a bien certainement dû abroger au moins ces principes généraux et il est inadmissible qu'on doive s'y référer aujourd'hui pour motiver une action en responsabilité. Faudrait-il donc à l'inverse pour tous ces cas non formellement sanctionnés, appliquer sans restriction le principe des articles 1382 et 1383 du Code civil ? C'est là une autre exagération dont nous allons parler.

Second système. — Vu l'antériorité de la loi de ventôse an XI, les articles 1382 et 1383 du Code civil ont abrogé l'article 68 de cette loi par application de la maxime : *posteriora prioribus derogant*.

Il en résulte que le droit commun est absolument ap-

plicable aux notaires et que ceux-ci doivent, en conséquence, répondre de leurs fautes, même les plus légères, commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Ce second système a le grave défaut de ne tenir aucun compte de ce principe incontestable : qu'une loi générale, à moins d'une disposition formelle contraire, n'abroge jamais une loi spéciale même antérieure ; il ne tient aucun compte non plus de cet autre principe, invoqué par les partisans du premier système, à savoir qu'il y a lieu de distinguer entre la violation d'un devoir général existant au profit de toutes personnes et l'accomplissement imparfait des actes d'une fonction publique, principe qui domine la législation française et a notamment été appliqué comme nous l'avons vu aux magistrats de l'ordre judiciaire (1).

Il ne faut pas cependant, tout en admettant ce raisonnement, aller jusqu'à dire, comme on l'a prétendu (2), que les articles 1382 et 1383 du Code civil ne doivent s'appliquer qu'au cas de dommages matériels et nullement à ceux résultant des travaux de l'intelligence et de la pensée.

Il existe en outre contre ce second système une objection fondamentale dont l'examen conduit à trouver une formule précise au moyen de laquelle on peut tempérer les principes du droit commun, dans une mesure qui, tout en tenant compte du caractère spécial des notaires, de leur rôle d'officiers publics, permet cependant de leur faire supporter les conséquences de leurs fautes dans tous les cas où l'équité l'exige.

(1) Art. 505 et suiv. Code de procéd. civ.

(2) Pagès, *Responsabilité des notaires*, p. 101 et suiv.

L'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI dit que les dommages-intérêts, dans les cas prévus par lui, seraient prononcés contre le notaire s'il y a lieu. Nous expliquerons plus loin ce que le législateur a voulu dire par ces mots : s'il y a lieu ; admettons quant à présent comme nous essayerons de le prouver qu'ils signifient : « s'il y a de la part du notaire une faute de nature à engager sa responsabilité, faute restreinte et subordonnée à l'appréciation du juge ».

Dès lors, sous l'empire de cette loi de ventôse et dans les cas prévus par elle, la responsabilité notariale comportait cette atténuation que, s'il y avait lieu seulement, le notaire pourrait être condamné à des dommages-intérêts. Survient le Code civil. Celui-ci n'a pu, sans s'en exprimer formellement, puisqu'ici nous sommes en matière spéciale, abroger implicitement des dispositions s'appliquant à des points spéciaux. Les cas de responsabilité résultant de l'article 68 n'ont donc été modifiés ni dans leur application ni dans leur appréciation. Mais tous les autres cas, dira-t-on, ceux auxquels la loi applique la sanction des dommages-intérêts sans atténuation, et ceux qui ne sont pas formellement sanctionnés par les textes, seront soumis au droit commun. Cette solution est-elle admissible ? Et peut-on supposer que le législateur aura voulu traiter plus durement le notaire ayant commis une faute dans un cas qu'il n'aura pas expressément sanctionné, que dans celui qu'il aura formellement prévu ? Il aurait donc voulu présenter dans l'article 68 (1) une

(1) Ces cas prévus par l'article 68 sont précisément pour la plupart ceux qui avaient fait l'objet des ordonnances de l'ancien Droit français. Voyez *suprà* : Aperçu historique.

série de cas moins importants pour lesquels il aurait organisé un régime de faveur ? Bien au contraire, le législateur de l'an XI a relevé les cas qui lui ont paru les plus graves, les plus propres à engager la responsabilité du notaire et leur a formellement appliqué la sanction de cette responsabilité dans les conditions qu'il a déterminées.

On se trouve donc conduit à dire qu'il existe une responsabilité spéciale à cette matière : responsabilité s'appliquant à tous les cas, aussi bien à ceux formellement prévus par la loi de ventôse ou les autres textes, qu'à ceux pour lesquels aucune sanction n'est édictée ; qu'entre tous ces cas il ne peut être question de distinctions ; que tous sont de nature à causer un égal préjudice aux parties, sont la conséquence de fautes égales du notaire, et que cette responsabilité est celle qui résulte de l'application des principes généraux tempérés par la règle spéciale de l'article 68 de la loi de ventôse.

Ce système est généralement admis par les auteurs (1). Il a de plus été consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1837 (2) qui est fondamental en matière de responsabilité notariale, et a posé d'une façon bien nette les principes que nous avons essayé de dégager.

« Attendu, a dit la Cour de cassation, qu'il résulte de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, que les notaires

(1) Demolombe, t. 31, p. 455, n° 529. Eloy, *Responsabilité des notaires*, t. I, p. 20. Rutgeerts et Amiaud, *Commentaires de la loi du 25 ventôse an XI*, n° 1313. Dans le même sens : Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, IV, § 446, page 756. Edouard Clerc, *Traité général du notariat et de l'enregistrement*, n° 1069. Dalloz, *Répertoire alphabétique*, V° *Responsabilité*.

(2) Dalloz, 37, 1, 465.

ne sont pas de plein droit et d'une manière absolue responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; que cet article ne les assujettit à des dommages-intérêts que s'il y a lieu, d'où il suit que la déclaration de la nullité d'un acte n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité, que.. ; que les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont point abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables dans tous les cas de la nullité de leurs actes ».

Cet arrêt qui, comme on le voit, détermine la restriction qui doit être apportée dans l'exercice de l'action en responsabilité contre les notaires et dans l'appréciation de cette responsabilité, a fixé définitivement la jurisprudence dans le sens que nous avons adopté. Nous citerons entre autres un arrêt de la Cour de Nancy du 2 février 1838 (1), confirmé par la Cour de cassation le 27 mars 1839 (2).

« Considérant, a dit la Cour de Nancy, qu'aux termes de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI les notaires sont responsables des nullités qu'ils commettent dans les actes qu'ils reçoivent et passibles s'il y a lieu de dommages-intérêts envers les parties qui supportent un dommage ou une perte par suite de ces nullités ; Que les tribunaux ont en cette matière un pouvoir appréciateur qui les autorise à excuser les notaires, à étendre ou à restreindre la quotité des dommages-intérêts dus, sui-

(1) Dalloz, 38.2.26.

(2) Dalloz, 39, 1, 111.

vant la gravité de la nullité et l'influence qu'elle a sur la validité ou les dispositions de l'acte ;

Que peu importe qu'elle soit le résultat du dol, de l'impéritie ou de la négligence, qu'elle consiste dans les formalités intrinsèques ou extrinsèques, que l'article 68 ne distingue pas ».

Les termes de ce dernier arrêt, quoiqu'inspirés par les vrais principes, sont néanmoins fort critiquables. Ils paraissent en effet trouver le fondement de la responsabilité notariale dans l'article 68 de la loi de ventôse, tandis qu'elle doit avoir sa base dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, et que ce n'est que le tempérament que l'on doit apporter pour l'appréciation de cette responsabilité qui résulte de la loi spéciale du notariat. Ce tempérament est de toute équité, car, intervenant continuellement dans les affaires des particuliers, les notaires ne pourraient s'acquitter librement de leur mission s'ils étaient sans cesse menacés de voir leur fortune ravie par suite du préjudice qu'ils auraient pu causer à autrui par une faute commise peut-être par oubli et avec une entière bonne foi. Évidemment il ne faudrait pas aller trop loin en ce sens et en arriver à exonérer entièrement les notaires des conséquences de leurs actes ; mais, outre que cet excès n'est pas à craindre dans l'état de la jurisprudence actuelle, nous croyons que la restriction que le législateur de ventôse a mise à une responsabilité indéfinie n'est pas de nature à laisser trop de latitude aux notaires et à leur faire perdre le sentiment des obligations rigoureuses dont ils sont tenus.

Ce tempérament résulte des mots « s'il y a lieu » que le législateur a intercalés dans l'article 68 de la loi spéciale

du notariat. Ces mots ont donné naissance à bien des controverses et il faut en dire quelques mots pour expliquer le sens que nous leur avons attribué par anticipation, en les faisant entrer dans l'énonciation de la règle que l'on doit appliquer en matière de responsabilité notariale.

On a voulu donner aux mots « s'il y a lieu » le sens de « s'il y a préjudice » ou, ce qui revient au même, « si, d'après les principes généraux, l'infraction est de nature à motiver l'application des dommages-intérêts ». Remarquons tout d'abord que, si l'on adoptait cette interprétation, on aboutirait au même résultat que les partisans du second système que nous avons exposé plus haut, dans lequel on soutient que la responsabilité notariale doit être régie sans atténuation par la règle du droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le raisonnement est différent, les conséquences sont les mêmes.

En outre donner aux mots « s'il y a lieu » le sens de « s'il y a préjudice » revient absolument à ne leur en donner aucun, ou à les supprimer purement et simplement. Il est bien certain que, si la faute du notaire ne cause aucun préjudice à personne, il ne sera pas passible de dommages-intérêts. Peut-on supposer que le législateur de l'an XI, dans son article final, ait inséré une disposition absolument vide de sens, surabondante, pour consacrer une condition dont l'existence n'avait jamais fait doute pour personne ? Au surplus ce sens, ou plutôt ce défaut de sens est absolument condamné par l'esprit des travaux préparatoires de la loi de ventôse. On avait, après quatre rédactions successives de l'article 68, introduit à la demande du Tribunat le paragraphe

final relatif à la responsabilité. Le projet primitif portait ces mots : sauf, dans tous les cas, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. Si cette rédaction avait été adoptée, il n'est pas douteux que l'on eût dû entendre la responsabilité notariale dans le sens le plus large, et lui appliquer les principes qu'a ensuite posés le législateur du Code civil.

Mais ces mots furent précisément modifiés par le Conseil d'État qui leur substitua ceux que nous avons étudiés : sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. L'intention du législateur n'est donc pas douteuse : il a voulu formellement restreindre les cas de responsabilité notariale.

Les autres éléments de la discussion le prouvent surabondamment : M. Réal dans son exposé des motifs dit en effet que : « l'article 68 prononce d'après les anciens principes » et ailleurs à propos du cautionnement « que le gouvernement adopte les motifs de la Constituante ». Or nous savons que les anciens principes et ceux qu'avait adoptés l'Assemblée constituante étaient des plus restrictifs en matière de responsabilité notariale : c'est ce qui résulte de l'exposé des motifs fait le 15 septembre 1791 à cette assemblée par M. Frochot.

On a voulu à l'inverse attribuer aux mots « s'il y a lieu » un sens beaucoup plus restrictif que celui que nous leur avons donné, les rendre synonymes de « s'il y a dol, ou faute grossière équivalent à dol ». Cette doctrine a été soutenue notamment par M. Pagès (1). Elle aboutit, comme l'interprétation précédente, mais avec

(1) *Responsabilité des notaires*, p. 101.

un résultat diamétralement opposé, à retirer toute espèce de signification aux mots « s'il y a lieu », car il est bien certain, et il n'était pas besoin que le législateur le dit, que le dol ou la faute lourde du notaire engagent sa responsabilité et l'exposent à des dommages-intérêts. Les restrictions qui en résultent sont encore plus absolues que celles admises par les partisans du premier système que nous avons rejeté : les objections qui empêchent de s'y rallier doivent donc à *fortiori* ne pas laisser admettre cette interprétation.

Reste alors, si l'on veut attribuer aux mots « s'il y a lieu » une signification réelle et une portée pratique, le sens que nous avons admis plus haut : « s'il y a de la part du notaire une faute de nature à engager sa responsabilité, faute restreinte et subordonnée à l'appréciation du juge ». Ce tempérament est absolument équitable, et de plus conforme à la nature de la situation où la responsabilité prend naissance. Tout acte professionnel du notaire, toute faute qu'il peut commettre sont entourés d'un si grand nombre de circonstances, de faits pouvant modifier du tout au tout son degré de culpabilité, lui permettre souvent, dans tant de cas différents, d'invoquer des excuses parfaitement valables, qu'il importait de laisser aux juges la faculté, en se référant à cette situation, de régler la responsabilité sur le degré de la faute effective. C'est là le principe que le législateur a compris et voulu consacrer par l'article 68.

L'expression « s'il y a lieu » a au surplus été employée dans ce sens par plusieurs autres dispositions législatives. Ainsi, aux termes de l'article 132 du Code de procédure civile, la responsabilité civile des avoués, huis-

siers, tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs est consacrée quant aux dommages-intérêts, s'il y a lieu seulement, par opposition aux dépens qu'ils devront toujours supporter, dès qu'ils auront commis une faute. La loi a également employé d'autres expressions similaires qui montrent bien le sens qu'elle a voulu y attacher. Ainsi, d'après l'article 71 du Code de procédure civile, l'huissier qui aura fait un exploit nul par sa faute, sera condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulée, et pourra l'être aux dommages et intérêts de la partie, suivant les circonstances.

Aux termes de l'article 1031 du même Code, les officiers ministériels peuvent être passibles des dommages-intérêts de la partie, selon l'exigence des cas.

On voit donc que le même principe que nous avons posé pour la responsabilité des notaires domine également celle des autres officiers ministériels, avoués, huissiers, etc. Dans tous ces cas, qui offrent entre eux la plus grande analogie, l'officier ministériel coupable ou négligent aura pu se trouver environné de circonstances de fait telles que sa faute, réelle en soi, sera forcément excusable, au moins dans une certaine mesure et ne pourra l'exposer à un recours concernant la réparation de tout le préjudice causé. Et non seulement le juge peut tenir compte de ces circonstances de fait, mais c'est un devoir impérieux pour lui de s'y référer; en ne le faisant pas, et en se contentant de se baser sur la faute du notaire pour le déclarer passible de dommages et intérêts, il violerait la loi, ce qui constituerait un cas de cassation.

La Cour de cassation (1) a consacré bien nettement ces principes :

« Attendu, a-t-elle dit, que les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochée au notaire, et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux ;

« Que les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont point abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables, dans tous les cas et intégralement, de la nullité de leurs actes ;

« Attendu que, dans l'espèce, la Cour de Paris s'est bornée à constater que ce notaire avait commis une faute, et en a conclu qu'elle l'obligeait à réparer le dommage pouvant en résulter et l'intégralité de ce dommage, sans qu'on puisse reconnaître si la Cour a fait usage du pouvoir que lui attribuait la loi spéciale d'apprécier l'étendue de la responsabilité encourue par le notaire et d'y proportionner la réparation, en quoi l'arrêt a méconnu la disposition légale de l'article 68 de la loi de ventôse an XI ».

Au surplus la Cour de Rouen devant laquelle l'affaire fut renvoyée, décida le 31 mars 1886 (2) que, la faute du notaire présentant une gravité exceptionnelle, il s'ensuivrait pour lui l'obligation de réparer le préjudice entier ; la conséquence fut donc la même pour le notaire, mais cette fois la Cour de cassation n'eut plus qualité pour casser l'arrêt : il s'agissait en effet d'une pure ques-

(1) Cass., 19 mai 1885, *Rev. not.*, n° 7118.

(2) *Rev. not.*, n° 7323.

tion de fait, de l'appréciation de la gravité de la faute, sur laquelle les juges ordinaires ont à se prononcer souverainement.

Ce principe fut encore appliqué dans un arrêt de la Chambre des requêtes (1) du 16 mars 1886, qui rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Alger du 26 janvier 1885.

« Attendu, a-t-elle dit, qu'il ressort des motifs de l'arrêt que le notaire a été condamné à réparer l'intégralité du dommage causé par sa négligence, non à raison de l'interprétation énoncée ou de la fausse application des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, mais à raison de la gravité de sa faute et de l'étendue du préjudice en résultant, lesquelles ont été appréciées par la Cour d'appel en vertu de son pouvoir discrétionnaire d'après les circonstances particulières de la cause (2) ».

Il existe bien d'autres arrêts qui prouvent que la jurisprudence est définitivement fixée dans le sens que nous avons indiqué : la responsabilité du notaire résulte de la combinaison des articles 1382 et 1383 du Code civil avec la disposition restrictive de l'article 68 de la loi de ventôse an XI, à laquelle on doit toujours se référer en matière de notariat.

Outre les deux premiers systèmes qui sont inadmissibles comme trop absolus chacun dans leur sens, et le troisième auquel nous nous sommes ralliés, on en a proposé divers autres pour servir de base à la responsabilité notariale. Disons-en quelques mots.

M. Laurent (3) veut voir les principes de cette res-

(1) Cass., *Rev. not.*, n° 7322.

(2) Dans le même sens : Cass., 14 avril 1886, *Rev. not.*, n° 7355.

(3) *Principes de Droit civil*, t. XX, n° 507, p. 542.

ponsabilité, non dans un quasi-délit auxquels s'appliquent seuls les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais dans une convention tacite intervenue lors du choix du notaire et par suite de la mission que les parties lui confient, et règle les conséquences de la faute commise par le notaire dans son accomplissement suivant les principes de l'article 1137 du Code civil. D'après cet article le notaire serait tenu de sa faute légère *in abstracto* et ne pourrait jamais être déclaré responsable par suite de sa faute la plus légère comme il peut arriver en appliquant les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Cette opinion repose sur une distinction bien subtile entre le *culpa levis in abstracto* et le *culpa levissima*, distinction que nulle part le Code civil ne consacre comme devant servir de base à une différence dans l'appréciation des fautes contractuelles et des fautes délictuelles. Les jurisconsultes romains eux-mêmes avaient considéré comme limite de la faute de nature à donner ouverture à une action, la *culpa levis in abstracto*.

Quoi qu'il en soit, cette théorie, outre qu'elle a le grave défaut de négliger absolument la législation spéciale du notariat, aboutirait en outre dans la pratique au même résultat que celle que nous avons adoptée. En effet ce sera toujours une question de fait laissée à l'appréciation des juges, de savoir si la faute commise par le notaire est soit une *culpa levis in abstracto*, par suite susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du notaire, ou seulement une *culpa levissima* constituant une faute quasi-délictuelle, par conséquent insuffisante.

De plus la base ainsi déterminée par M. Laurent est incomplète sur bien des points pour fonder la responsa-

bilité notariale. Si, dans un contrat de vente par exemple, les parties peuvent être envisagées comme ayant donné un mandat au notaire, peut-il en être de même dans tous les cas et notamment par suite d'un testament ? Il est impossible de justifier de cette manière un recours des légataires contre un notaire. Il n'y a entre eux aucun rapport contractuel, et une action basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil peut seule être intentée dans ces conditions.

On a voulu également trouver le principe de la responsabilité notariale dans l'application d'une autre règle. Le notaire, a-t-on dit, est le mandataire légal des parties. On s'appuie pour soutenir cette idée sur une phrase prise isolément dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1812 (1) qui a dit : les notaires sont des mandataires. Un autre arrêt de la même Cour ayant posé le même principe le 24 juin 1840 (2) et ayant dit « le notaire est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions » ; on en a conclu à l'existence d'un mandat légal et de nombreux arrêts sont venus confirmer cette théorie, et chercher le principe de la responsabilité notariale dans l'application des règles du mandat. Nous croyons que rien n'est moins, à tous égards et à tous points de vue, conforme à la vérité juridique.

Quel est en effet le principe, la nature même du mandat ? L'absence d'une partie qui a chargé une autre personne d'accomplir certains actes pour elle et en son nom. Dès que le mandant est présent le mandataire s'efface tout naturellement et n'a plus à jouer aucun rôle

(1) Dalloz, 12, 1, 216.

(2) *Journal du Palais*, II, p. 128.

en cette qualité. Or, dans un acte notarié, on n'est jamais en présence de cette situation, puisque la partie sera toujours présente ou représentée par un fondé de pouvoirs. De plus un mandat légal de cette nature ne saurait se présumer, il faudrait un texte spécial et bien précis pour l'établir. Ce texte existe-t-il ? Tout au contraire : l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de recevoir des actes dans lesquels ils seraient personnellement intéressés, or il n'est pas douteux qu'un mandataire, s'il n'a pas d'intérêt direct engagé dans un acte, a du moins celui résultant de la plus ou moins bonne exécution de la mission dont il s'est chargé, et par suite du recours pouvant en résulter contre lui ; bien plus l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 défend aux notaires de se constituer garants ou cautions à quelque titre que ce soit des conventions qu'ils sont chargés de constater. N'est-ce pas là une idée exclusive de tout mandat légal ? Comment concevoir en effet un mandataire imposé par la loi et à qui la loi défend de répondre de l'exécution de son mandat ?

On a également prétendu que le notaire était *locator operarum*. Cette opinion, pas plus que la précédente, ne peut être admise. Elle est contraire à tous les principes que nous avons posés relativement à la mission des notaires et au rôle qu'ils jouent.

Mais que sont donc les notaires ? L'article premier de la loi de ventôse le dit : des fonctionnaires publics. Lorsqu'ils instrumentent, ils remplissent un acte de leur fonction publique et non une mission dont les ont chargés les parties : ils sont les mandataires de la loi (1).

(1) Paul Pont, *Rev. du not.*, 1862, n° 181.

C'est donc dans la seule loi spéciale à leur institution et loi générale concernant tous les citoyens, qu'il faut, comme nous l'avons fait, chercher les principes de leur responsabilité en tant qu'officiers publics.

Nous avons, en faisant l'application aux notaires des articles 1382 et 1383 du Code civil, établi que le principe posé par ces articles devait être tempéré par celui de l'article 68 de la loi de ventôse. En sera-t-il de même si un notaire est poursuivi en responsabilité en vertu de l'article 1384 du Code civil, c'est-à-dire à raison de la faute d'un de ces préposés ?

La responsabilité du notaire pour fait de ses clercs doit recevoir le même tempérament que celle qui résulte pour lui de ses fautes personnelles. En effet la restriction « s'il y a lieu » de l'article 68 domine toute la matière de la responsabilité notariale à quelque point de vue qu'on l'envisage. En pratique il y aura presque toujours lieu de déclarer le notaire responsable des fautes commises par ses clercs : ceux-ci en effet travaillent dans l'étude pour s'instruire et sous la surveillance incessante de leur patron, et il y aurait de sa part faute de nature à engager sa responsabilité, à ne pas les surveiller scrupuleusement, et à ne pas se rendre compte avec le plus grand soin de la façon dont ils s'acquittent de leur mission ; néanmoins il peut se produire un concours de circonstances exceptionnelles telles que le notaire, avec toute la vigilance possible, n'aura à se reprocher aucune faute de nature à engager sa responsabilité. Cette théorie a été consacrée par la Cour de cassation (1).

Bien entendu, pour qu'il y ait lieu à intenter une action

(1) 6 juillet 1870, D. 71, 1, 147.

en responsabilité contre un notaire à raison d'un des faits de ses clercs, il faudra que la faute commise se rattache directement aux fonctions auxquelles ils ont été employés : à savoir principalement la rédaction des actes authentiques.

Les principes seraient différents, et il y aurait lieu d'appliquer ceux que nous poserons dans le second chapitre, s'il s'agissait d'actes d'un clerc dont le notaire l'aurait chargé à propos des faits en dehors de ses fonctions proprement dites, par suite d'un dépôt de fonds, d'un placement par exemple : dans ce cas il y aurait lieu d'appliquer l'article 1384 avec toute sa portée.

Après avoir passé en revue de la sorte les principes qui doivent présider à l'exercice de l'action en responsabilité contre les notaires et à l'appréciation de cette responsabilité, résumons afin de bien mettre en évidence les conclusions que nous avons adoptées, les conditions dans lesquelles cette action pourra être intentée. Elles sont, lorsqu'il s'agit de la responsabilité du notaire à raison de ses fonctions proprement dites, au nombre de quatre, il faut :

1° Que le notaire ait commis une faute.

Cette première condition n'a jamais été contestée par personne. L'existence de la faute est le premier élément de toute responsabilité, qu'il s'agisse des notaires ou de toute autre personne, la gravité de celle-ci peut seule donner lieu à discussion et la quatrième condition comprendra précisément la fixation de cette gravité.

2° Qu'il y ait un préjudice.

D'après la définition même de la responsabilité civile, celle-ci consistant précisément dans la réparation du

préjudice, il est de toute évidence qu'il faudra que celui qui intente une action en responsabilité prouve qu'il a subi un préjudice. Ce préjudice doit être certain, actuel et légalement constaté. Un dommage éventuel ne peut servir de base à une action en responsabilité.

3° Que le préjudice résulte de la faute du notaire.

Il ne suffit pas qu'il y ait faute du notaire, ni que le préjudice éprouvé par la partie soit certain et appréciable, il faut encore que ce préjudice soit uniquement et nécessairement le résultat de la faute commise par le notaire. S'il n'est pas absolument établi que, sans cette faute, la partie n'aurait pu forcément subir ce dommage, l'action en responsabilité ne serait pas recevable.

4° Enfin que la faute du notaire soit de nature à engager sa responsabilité, c'est-à-dire que, vu les circonstances de fait où cette faute aura été commise, le tribunal décide qu'il y a lieu de déclarer le notaire responsable.

C'est au sujet de l'appréciation de ce degré de faute qu'ont eu lieu toutes les controverses dont nous avons parlé : nous avons dit quelles circonstances devaient se rencontrer pour motiver une action en responsabilité. Il est difficile de dire si cette faute ainsi limitée constituera une *culpa lata*, *levis in concreto*, *in abstracto*, ou seulement *levissima*. En effet, outre que cette classification ne répond à aucun principe précis du droit français moderne, il y aura toujours là une question d'appréciation dont les magistrats auront à décider souverainement sans qu'on puisse les enfermer à l'avance dans des règles préfixes. Et remarquons que si les juges du fait auront à en connaître, c'est à la Cour de cassation qu'il appartiendra de décider si les faits établis

constituent une faute professionnelle. « Sans doute, comme le faisait remarquer M. Arnault avec beaucoup de raison dans ses lectures sur le notariat français, les juges des tribunaux et des cours d'appel constatent souverainement les faits, et la Cour de cassation doit les tenir pour certains tels qu'ils ont été constatés, mais de ce fait il faut déduire le droit, c'est-à-dire dans notre cas l'imputabilité civile, et ceci rentre essentiellement dans les attributions de la Cour de cassation » (1).

En terminant l'exposé de ces principes généraux sur la responsabilité notariale, rappelons les sages paroles de Troplong : « Je pense qu'en général il n'est pas bon de pousser à l'excès la responsabilité des notaires et qu'il ne faut pas environner de trop de périls. leurs fonctions déjà si délicates et si difficiles » (2), paroles auxquelles M. Demolombe déclare s'associer entièrement (3).

SECTION II

Principaux cas de responsabilité des notaires comme officiers publics.

Les cas où la responsabilité des notaires comme officiers publics peut se trouver engagée s'étendent à l'infini : les passer tous ici en revue conduirait à faire dans ses détails les plus minutieux, un traité de tous leurs devoirs et de toutes leurs obligations ; il en existe cependant un certain nombre qui, soit qu'ils présentent un grand intérêt juridique, soit qu'ils se rencontrent fré-

(1) En ce sens, Lourdat, *Responsabilité en dehors des contrats*, I, nos 132, 461 et 464.

(2) *Du mandat*, n° 26.

(3) *Traité des Obligations*, n° 538.

quemment dans la pratique, ont été l'objet de discussions et de solutions dont il est indispensable de dire quelques mots, ne fût-ce que pour préciser les notions générales que nous venons de dégager et en montrer l'application.

Les obligations légales des notaires comme officiers publics rentrent d'après leur origine dans plusieurs catégories :

1° Celles que la loi du 25 ventôse an XI énonce comme devant être sanctionnées par les dommages-intérêts.

2° Celles que d'autres textes tels que le Code civil, le Code de commerce, les lois sur l'enregistrement leur imposent en y attachant la même sanction.

3° Et enfin celles qui leur sont prescrites par ces différents textes législatifs, généraux ou spéciaux, mais auxquelles la loi n'a pas attaché de sanctions particulières.

§ 1. — *Obligations imposées aux notaires par la loi de ventôse et formellement sanctionnées par la responsabilité civile.*

Les principales obligations rentrant dans cette catégorie sont celles qui se trouvent être l'objet des articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67 de la loi du 25 ventôse an XI, mentionnés dans l'article 68 de cette même loi, obligations dont l'inobservation entraîne, s'il y a lieu, la sanction des dommages-intérêts aux termes de ce dernier article.

Remarquons, avant de parler de ces devoirs fondamentaux des notaires, que ce même article 68 pose le principe qui a été ensuite sanctionné par l'article 1318 du

Code civil : l'acte qui est nul comme authentique vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. Point n'est besoin de la formalité des doubles ou de l'approbation de l'écriture prescrites à peine de nullité pour les actes sous signatures privées, et c'est là une grande atténuation pratique de la responsabilité des notaires. Sans doute, s'il s'agit d'un des contrats dont l'authenticité est une des conditions intrinsèques, tels que les donations, contrats de mariage, ou actes renfermant constitution d'hypothèque, le résultat sera le même et la nullité pourra entraîner la responsabilité du notaire, mais, dans tout autre cas, le préjudice sera bien plus limité et souvent même pourra être nul suivant les circonstances.

Compétence territoriale des notaires. — Aux termes de l'article 6, il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive, et de tous dommages-intérêts.

Dans l'article précédent la loi avait fixé le ressort des notaires, qu'il ne faut pas confondre avec leur résidence. Les notaires sont tenus, aux termes de l'article 4, de résider au lieu qui leur est fixé par le gouvernement, mais ils peuvent instrumenter à des distances qui en sont souvent fort grandes, puisque par exemple ceux qui résident au siège d'une Cour d'appel, peuvent conférer l'authenticité à des conventions passées dans tout le ressort de cette Cour. Mais qu'entend la loi par les mots instrumenter ? C'est un point qui a donné lieu à de vives controverses. D'après les uns il s'agirait de toute la conclusion d'une affaire, depuis les premiers pourparlers

jusqu'à ce que l'acte notarié ait rendu le contrat définitif (1). M. Dufaure dans les discussions qui ont eu lieu à l'occasion de la loi du 21 juin 1843 (2) a soutenu la même théorie et, par analogie avec les prescriptions du Code pour la confection des testaments authentiques, prétendait que recevoir un acte est non seulement en donner lecture aux parties, mais le rédiger sur les données que les parties fournissent au notaire. M. Ph. Dupin, rapporteur, a combattu cette opinion et pour éviter tout malentendu a proposé la rédaction qui a définitivement prévalu, en substituant à ces mots « au moment de la réception des actes »; ceux-ci: « au moment de la lecture du dit acte par le notaire et de la signature par les parties ». C'est en effet à ce moment-là que les consentements sont définitivement échangés et deviennent irrévocables. C'est bien alors que le notaire instrumente. Le doute au surplus n'est plus permis depuis la promulgation de cette loi du 21 juin 1843, qui, s'expliquant formellement au sujet des actes pour lesquels elle maintient la présence obligatoire du notaire en second ou des témoins, définit par cela même ce qu'elle entend par recevoir un acte.

S'inspirant de cette interprétation du mot instrumenter, un notaire pourrait-il procéder hors de son ressort à une adjudication publique et ensuite faire signer les parties dans son étude? Nous ne le croyons pas: le notaire procédant à une vente d'immeubles aux enchères, fait un acte de son ministère au sens strict du mot: il

(1) Rapport de M. l'avocat général Delangle, devant la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, 1^{er} juin 1842.

(2) Sirey, 1843, 2, 431.

ne s'agit pas là de pourparlers plus ou moins vagues où il pourrait être remplacé par tout autre homme d'affaires, mais de l'exercice solennel de ses fonctions où le fait d'avoir lu le cahier des charges, reçu les enchères et proclamé le nom des acquéreurs constitue bien un acte d'instrumentation tombant sous l'application de l'article 6.

Compétence personnelle des notaires. — Aux termes de l'article 8, il est interdit aux notaires de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur.

La nullité dans ce cas est fondée sur un tout autre motif que dans celui que nous venons d'examiner : la loi a craint que les notaires ne profitent de leur influence, de l'ascendant légitime qu'ils peuvent exercer sur leurs clients, pour entraîner ceux-ci à conclure des conventions de nature à profiter injustement aux autres parties si étroitement unies au notaire qui en sera peut-être même le successible.

Nous inspirant de ce motif, nous serons conduits à décider que cette prohibition s'étend aux cas où les parents ou alliés du notaire ne figureront pas eux-mêmes dans un acte, mais y seront représentés par un mandataire, par leur tuteur ou même par un individu qui se sera porté fort pour eux, car dans ce cas la ratification équivaut à la procuration (1). Si donc nous admettons qu'alors les véritables parties à l'acte seront les mandants ou représentés eux-mêmes, ne devons-nous pas en con-

(1) Cassation, 18 janvier 1848, D. 48, 1, 38.

clure que les notaires pourront recevoir des actes où leurs parents ou alliés au degré prohibé seront mandataires ou gérants d'affaires? Quoiqu'en ce cas ce mandataire ou gérant d'affaires ne soit pas directement partie intéressée, réalisant l'affaire pour son propre compte, il n'en est pas moins certain que l'exécution de la procuration a des conséquences qui peuvent l'intéresser personnellement, en cas d'excès de pouvoirs par exemple, et, qu'en tous cas, devant soutenir les intérêts de son commettant, il lui faudra discuter avec les autres parties, ce qui pourra ôter à l'intervention du notaire le caractère d'impartialité absolue qu'elle doit conserver.

Comment doit-on interpréter les mots : « en leur faveur » qui terminent l'article 8? Bien qu'à première vue ils paraissent devoir s'appliquer au notaire, il est généralement admis qu'ils concernent également les parents et alliés dont il vient d'être question et *a fortiori* le notaire lui-même.

Toutefois, si celui-ci est dans une ignorance légitime, cette nullité ne devra pas s'appliquer : par exemple, s'il a dressé l'acte de suscription d'un testament mystique dont il ne connaît pas le contenu.

Enserait-il de même s'il avait connaissance de ce qu'il renferme? L'affirmative nous paraît certaine; toutefois un notaire prudent devrait s'abstenir de dresser cet acte dans ces conditions : bien qu'il n'instrumente pas pour la rédaction du testament proprement dit, qu'il se contente d'accomplir en quelque sorte les formalités extérieures prescrites par la loi pour que les volontés du testateur puissent recevoir leur exécution, il existe néanmoins des motifs de suspicion qui pourraient paraître

suffisants pour faire réussir une action en nullité de ce testament, et, par suite, une action en responsabilité contre le notaire.

Le législateur de ventôse n'a pas jugé nécessaire de prévoir formellement le cas où le notaire serait lui-même partie dans un acte qu'il recevrait. Les motifs qui ont dicté l'article 8 doivent, par *à fortiori*, faire admettre une solution conforme dans ce cas : ce point n'a au surplus jamais fait doute pour personne.

Un notaire ne peut jouer à la fois deux rôles dans un acte : être l'officier public qui confère l'authenticité aux déclarations des parties et être une de ces parties elle-même. Il serait en ce cas juge dans sa propre cause.

Du notaire en second et des témoins. — Aux termes de l'article 9, les actes doivent être reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé ; et, aux termes de l'article 10, il est défendu à deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé par l'article 8, de concourir au même acte.

Nous nous sommes expliqués à propos de l'article 6, sur la portée que l'on devait accorder aux mots : *les actes seront reçus*. La réception d'un acte, qui caractérise pour les notaires le fait d'instrumenter, consiste en la lecture que fait le notaire de cet acte aux parties, lorsqu'il constate qu'il renferme bien l'expression de leurs volontés qui sont rendues irrévocables par la signature. Dès lors la loi de ventôse semble bien dire qu'il faut que le second notaire ou les témoins soient présents à ce moment-là : c'est un point qui a fait doute pendant long-

temps et a donné lieu à des décisions contradictoires qui jetaient la plus grande incertitude sur le sort des actes les plus importants et compromettaient la sécurité des notaires et des citoyens. La loi du 21 juin 1843 est heureusement venue mettre fin à cet état de choses : elle a décidé que, pour la grande majorité des actes, il suffirait de la signature apposée après coup par le notaire et les témoins ; que seulement pour les actes contenant : donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfant naturel et les procurations pour consentir ces divers actes, la présence du second notaire ou des témoins était indispensable lors de la réception entendue au sens strict du mot : c'est-à-dire lecture par le notaire instrumentant et signature par les parties, et que mention en serait faite à peine de nullité. Il est certain qu'un notaire, procédant seul à l'un de ces actes et faisant signer après coup son collègue ou les témoins, sera pleinement responsable du dommage qui résultera pour les parties de la nullité ; toutefois une part de cette responsabilité ne devra-t-elle pas retomber en ce cas sur le second notaire ?

Remarquons qu'ici il ne s'agit pas de la responsabilité effective du notaire en second, puisqu'il n'aura pas été appelé ni à la lecture ni à la signature : le recours que l'on pourra exercer contre lui dépendra du rôle qu'il aura joué ou qu'il aurait dû jouer dans la vérification des actes, envoyés par un de ses collègues pour qu'il en complète la régularisation. En d'autres termes et en général, la signature du notaire en second donnée après coup n'est-elle qu'une « espèce de légalisation officieuse

de la signature de son collègue », comme disait la Cour de Paris dans un arrêt du 23 janvier 1834 (1) et celui-ci n'a-t-il à s'inquiéter en rien du contenu de l'acte et des causes de nullité qu'il peut renfermer, ou bien doit-il, comme le disait M. le rapporteur Dupin à la Chambre des députés (2). « Sans pénétrer indiscrètement dans le secret des actes, vérifier si les formes extérieures sont observées, si le protocole est régulier, si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement paraphés, si l'acte ne contient pas des blancs ou des interlignes dont on puisse abuser » ?

Nous croyons que c'est là le véritable rôle du notaire en second dont c'eût été par trop réduire la mission que de lui demander sa signature sans qu'il ait à se rendre compte même de la nature de l'acte qui lui est présenté ; il devra donc, dans ce cas, sinon partager, ou tout au moins supporter à défaut de celui-ci la responsabilité incombant au notaire rédacteur de l'acte.

Il va sans dire que tout ce que nous venons de dire s'appliquera uniquement au notaire qui n'aura joué aucun rôle direct à l'acte, qui n'y aura représenté aucune partie et qui, par suite, n'en aura reçu aucun honoraire. Dans la pratique, la distinction résulte du libellé de la première phrase de l'acte authentique : si le second notaire y est désigné simplement par les mots « et son collègue » il ne sera intervenu qu'après coup pour apposer sa signature ; si au contraire il y est nommé, il aura été appelé à vérifier non seulement la forme, mais également le fond de toutes les conventions qui y sont rela-

(1) S. 34, 2, 81.

(2) Séance du 8 mai 1843.

tées et dans ce cas sa responsabilité sera aussi étendue que celle de son collègue rédacteur du contrat.

Y aura-t-il dans ce dernier cas solidarité entre eux ? C'est là une question fort controversée. Le doute provient de ce que l'article 1202 du Code civil dit que la solidarité ne se présume pas, qu'elle doit être expressément stipulée, à moins qu'elle n'ait lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi (1). Mais l'article 55 du Code pénal dit formellement qu'il y aura solidarité entre les individus condamnés pour le même crime ou le même délit en ce qui concerne les amendes, les restitutions, dommages-intérêts et frais. Or l'on se trouve ici en présence non d'un délit, mais d'un quasi-délit ; doit-on étendre à un cas analogue la disposition de l'article 55 du Code pénal (2) ? Il sera généralement bien difficile de déterminer la part effective que chacun aura prise aux irrégularités ayant entraîné la nullité, dans un fait aussi indivisible que la réception d'un acte notarié ; nous pensons dès lors que, si la distinction ne peut être faite, il y aura lieu de déclarer les deux notaires solidairement responsables. Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui l'a consacrée par de nombreux arrêts visant, sinon ce cas spécial, tout au moins des espèces où les mêmes principes ont été appliqués (3).

Lorsqu'un acte est reçu par un seul notaire, celui-ci doit être assisté de deux témoins dont la capacité est soumise à des règles strictes et minutieuses énoncées par la loi. La signature de ces témoins, toujours apposée

(1) En ce sens, Duranton, *Cours de Droit français*, XI, n° 194. Toullier, *Droit civil français*, X, nos 151 et suiv.

(2) L'affirmative a été soutenue par Sourdat, *op. cit.* I, liv. 2, chap. 3.

(3) 8 novembre 1836, 29 décembre 1852, 4 mai 1859, 16 novembre 1885.

après coup pour les actes ordinaires, ne constitue qu'une formalité surabondante et n'ajoute aucune garantie à l'acte authentique, aussi est-il probable qu'elle disparaîtra bientôt ; un projet de M. Royer (Aube), tendant à la suppression du concours du second notaire ou de l'assistance des témoins instrumentaires pour la réception des actes notariés ordinaires, figure en effet à l'ordre du jour de la Chambre des députés, qui l'a déjà pris en considération.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel de la législation, si un notaire a ignoré l'incapacité des témoins, sera-t-il responsable ? Nous ne le pensons pas. Comme nous l'avons vu, le principe de la responsabilité notariale repose sur l'idée de dol ou tout au moins de faute ; mais, lorsque le notaire se sera entouré de toutes les précautions que l'officier public le plus diligent est capable de prendre, lorsque la possession d'état du témoin, la notoriété publique bien établies, auront empêché tout espèce de doute de naître dans son esprit, la question de responsabilité ne se posera pas pour lui : *Error communis facit jus*, dit la maxime romaine résultant de la célèbre loi Barbarius Philippus (1) ; si l'on n'admettait ce tempérament, les conséquences de la responsabilité poussées à cette extrémité ôteraient toute sécurité aux notaires, et rendraient impraticable l'exercice de leur profession ; de plus le recours contre eux deviendrait illusoire, car leur fortune personnelle, quelque considérable qu'elle fût, ne pourrait suffire à indemniser toutes les parties qui se prétendraient lésées. Un notaire en effet a ses témoins habituels qu'il emploie pour presque tous les actes de

(1) L. 3 Dig., *De officio prætorum*, I, 14.

son ministère ; si l'un de ceux-ci, malgré la notoriété publique et la possession d'état, avait quelque cas d'incapacité qu'il eût réussi à cacher soigneusement à tous et que le notaire ignorât légitimement, et que tous les actes où ce témoin avait figuré dussent par ce motif cesser de valoir comme authentiques, cette nullité ne s'appliquerait pas seulement à un ou deux d'entre eux mais à presque tous ceux émanant d'une ou même de plusieurs études, de telle sorte que les intérêts les plus graves de toute une population pourraient se trouver compromis.

Notons que la capacité des témoins en matière de testaments est régie, non par la loi de ventôse, mais par le Code civil qui en a abrogé implicitement les dispositions. Nous en dirons quelques mots plus loin.

Signature des actes. — Aux termes de l'article 14, les actes doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention à la fin de l'acte de leur déclaration à cet égard.

La sanction résultant de l'inobservation des diverses dispositions de cet article sera différente selon les cas : elle résulte en effet du rapprochement que l'on en doit faire avec le commencement de l'article 68. Ainsi le défaut de signature des parties, quelqu'en soit le motif, rendra l'acte nul et l'empêchera de valoir même comme écriture privée, tandis que le défaut de mention ou de signature des témoins ou du notaire lui retirera seulement sa qualité d'acte authentique.

Le notaire doit donc signer l'acte et le faire signer par son collègue ou les témoins. Ces formalités doivent avoir

lieu immédiatement et le jour même de la passation de l'acte. Par suite d'une pratique vicieuse généralement adoptée, les notaires n'apposent leur signature sur les actes qu'ils ont reçus qu'au moment où ceux-ci doivent être soumis à la formalité de l'enregistrement. C'est une habitude fâcheuse et de nature à engager directement leur responsabilité. En cas de décès par exemple, ou par suite de toute autre circonstance les empêchant de signer, quel sera le sort des actes restés ainsi incomplets? Ils vaudront comme actes sous signatures privées s'ils sont signés de toutes les parties et s'ils ne sont pas de la nature de ceux pour lesquels la loi exige l'authenticité, sinon ce ne seront que des projets nullement obligatoires pour les parties qui dès lors recourront contre le notaire ou ses héritiers (1). Ceux-ci ne pourraient invoquer comme excuse que l'on n'a point consigné le montant des droits d'enregistrement, le notaire qui rédige un acte et le fait signer aux parties sans exiger les fonds nécessaires pour cette formalité, prend par cela même l'engagement d'en faire l'avance (2).

Mais si le notaire doit signer l'acte avec les parties, il ne le doit point signer avant les parties et le défaut de signature de l'une d'elles le met dans l'obligation de suspendre l'acte et d'informer les autres des conséquences qui peuvent en résulter. Le fait par le notaire de signer lui-même l'acte dans ces conditions, susceptible de donner une fausse quiétude aux parties ayant signé, constitue une faute lourde de nature à engager sa responsabilité (3).

(1) Cass., 14 avril 1886.

(2) Bourges, 29 avril 1843; Dalloz, *Répertoire de lég. Responsabilité*, n° 423.

(3) Cass., 19 août 1845. Dalloz, 45, 1, 378.

Conservation et transmission et minutes. — D'après l'article 20, les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent. Ne sont néanmoins compris dans cette disposition, les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages de loyer, de salaires, arrérages de pension et de rente et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet.

La conservation des actes, et la certitude qui en résulte pour les parties de savoir toujours retrouver la preuve de leurs droits et de leurs obligations réciproques, constituent un des fondements de l'institution notariale posé par l'article premier de la loi de ventôse. De là deux causes de responsabilité pour les notaires : celle résultant du fait que le notaire au lieu de conserver dans ses archives l'acte qu'il a reçu, l'a remis à l'une ou l'autre des parties pour s'en servir comme bon lui semblerait, et celle devant sanctionner le préjudice que cause la perte d'un acte, qui a été à l'origine reçu régulièrement et conservé par le notaire, et qui s'est ensuite trouvé égaré ou détruit par négligence ou pour tout autre motif pouvant être reproché au notaire.

Si la perte est provenue de force majeure telle que l'incendie, la foudre, les événements de la guerre ou l'inondation, il est certain que le notaire ne saurait encourir de responsabilité. C'est une application résultant tant des principes généraux que de l'interprétation que nous avons donné aux mots : « s'il y a lieu » contenus dans l'article 68 (1).

(1) Loret, *Eléments de la Science notariale*, t. I, p. 334.

Il n'est ici question que des actes parfaits devenus authentiques par l'accomplissement de toutes les formalités légales, et non des simples projets ou actes incomplets pour la destruction ou la perte desquels la responsabilité pouvant incomber aux notaires, serait régie par d'autres principes ; le notaire en effet n'a point fait acte d'officier public tant qu'il n'a point consacré par sa signature et celle de son collègue ou de témoins les conventions passées devant lui (1).

Lorsqu'un notaire cesse ses fonctions, il doit être dressé un état sommaire des minutes remises par le démissionnaire à son successeur, et le nouveau titulaire de l'office devient dès lors responsable des actes compris dans cet état, aux termes de l'article 58 de la loi de ventôse.

Lorsque les parties se conforment exactement à cette prescription légale, point de difficulté quant à la responsabilité pouvant résulter de la perte d'une minute : il suffit de se reporter à l'état et de vérifier si l'acte en question s'y trouve ou non compris, pour savoir si c'est au nouveau ou à l'ancien notaire qu'une faute pourra être reprochée ; mais dans le cas contraire, si par négligence, manque du temps nécessaire ou pour tout autre motif, la prescription de l'article 58 n'a pas été observée, sur qui devra alors retomber la responsabilité pour les minutes perdues, sur l'ancien titulaire ou sur le nouveau ?

L'on a soutenu que le notaire qui avait reçu l'acte devait être considéré comme responsable jusqu'à nouvel ordre, tant que par un acte exprès, il ne pourrait pas

(1) Bordeaux, 3 août 1841. D. 42, 2, 13.

prouver qu'il s'est déchargé de cette responsabilité. Cette opinion est celle du savant commentateur belge de la loi de ventôse, M. Rutgeerts (n° 1280), consacrée par un arrêt de la Cour de Douai du 23 novembre 1874. C'est également l'avis de M. Gagneraux (1).

L'opinion contraire s'appuie principalement sur cet argument que le nouveau notaire qui néglige de dresser un état, prend, par cela même, implicitement à sa charge toutes les minutes portées sur les répertoires de ses prédécesseurs : ceux-ci doivent donc se trouver, en règle générale, exonérés de toute responsabilité, aussi bien par l'existence d'un inventaire que par l'absence même de cet acte. Il y aurait toutefois exception à cette règle, dans certaines circonstances, lorsque par exemple le notaire en exercice prouverait qu'il n'a réellement pas reçu les minutes qu'il ne peut représenter ; qu'elles ont été pour une raison quelconque gardées par son prédécesseur (2). Mais, dans ce cas, les parties devront-elles s'adresser directement au notaire devant qui l'acte a été passé ou au contraire faudra-t-il faire un circuit d'actions et attaquer le titulaire actuel de l'office qui de son côté recourra contre son prédécesseur et ainsi des autres en remontant jusqu'au notaire rédacteur ? Nous croyons malgré un arrêt de la Cour de Bourges du 17 juin 1829 (3), que l'on devra prendre ce dernier parti. Le notaire qui, à son entrée en fonctions, n'a pas dressé d'état est présumé avoir reçu toutes les minutes des actes passés en l'étude, et les parties n'ont pas qualité pour intervenir

(1) *Commentaire de la loi de ventôse*, t. 2, p. 178.

(2) Rolland de Villargues. *Répertoire du notariat. Perte d'un acte. État sommaire.*

(3) Sirey, 31,2,65.

dans le débat entre le notaire et ses différents prédécesseurs ou les ayants cause de ceux-ci.

Nous nous rangerons donc à ce dernier parti qui rend le titulaire de l'étude, en faute de n'avoir pas dressé l'état, responsable de la perte des actes, non seulement de son exercice, mais encore de ceux de ses prédécesseurs ; c'est d'ailleurs également l'opinion de M. Amiaud (1).

Remarquons que le notaire pourra opposer la prescription trentenaire qui courra non de la date de l'acte, car l'obligation de conserver minute des actes est indéfinie et ne peut se prescrire, mais de la perte de cet acte. On a prétendu que cette prescription devait ne commencer qu'au moment où les parties auraient connaissance de cette perte, par application de la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. M. Rutgeerts (2) fait très justement observer que cette règle ne s'applique qu'aux impossibilités de droit et qu'ici nous sommes en présence d'une impossibilité de fait. Il en résulte que, lorsqu'un notaire a cessé ses fonctions depuis plus de trente ans, lui ou ses héritiers sont pleinement déchargés de toute responsabilité à cet égard : en effet si la perte de la minute lui est reprochable, l'action sera prescrite, sinon l'on devra s'adresser à celui de ses successeurs qui sera responsable en vertu des principes que nous avons posés ci-dessus.

L'article 52 qui concerne les notaires suspendus, destitués ou remplacés et surtout les derniers articles 64, 65, 66 et 67 qui ont trait aux dispositions transitoires

(1) *Revue du notariat*, n° 5930 et notes sur Rutgeerts sous le n° 1280. Eloy, *De la responsabilité des notaires*, t. 1, n° 453, consacrée par la Cour d'Angers, arrêt du 23 juin 1847, Sirey, 47, 2, 590.

(2) *Commentaire de la loi de ventôse*, n° 646.

auxquelles devaient se conformer les notaires alors en exercice, ne présentent pas d'intérêt au point de vue de la responsabilité civile des notaires. Mais il existe, dans la loi de ventôse, d'autres dispositions qui, bien que n'étant pas comprises dans l'énumération de l'article 68, sont cependant formellement sanctionnées par les dommages-intérêts.

Enonciations des actes. — D'après l'article 12, tous les actes doivent énoncer les noms et lieu de résidence du notaire qui les reçoit à peine de cent francs d'amende contre le notaire contrevenant. Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'article 68 et même de faux, si le cas y échoit.

La violation de la première partie de cet article n'engage pas, au sens absolu du mot, la responsabilité civile du notaire et ne l'expose qu'à une amende qui d'ailleurs a été très réduite (à 10 fr.) par la loi du 16 juin 1824. Notons cependant qu'il est inutile que l'acte mentionne les prénoms du notaire, la loi ne parlant que du nom patronymique.

La sanction de la seconde partie est plus sévère : elle est la même que celle édictée pour les cas cités dans l'article 68, puisqu'il y est directement référé. Pourquoi le législateur a-t-il pris ce détour au lieu de comprendre tout simplement l'article 12 dans son énumération finale ? Nous ne pouvons trop nous l'expliquer, il faut n'y voir probablement qu'une commodité de rédaction. En tous cas il n'y a certainement pas eu de sa part l'intention d'établir une différence entre les deux situations,

la sanction sera la même : défaut d'authenticité de l'acte, et sa nullité s'il n'est pas signé par toutes les parties.

Il faut donc que les actes contiennent :

Les noms des témoins instrumentaires. — Le concours de témoins est resté indispensable dans tous les cas malgré la loi du 21 juin 1843 (1) ; ils doivent remplir les conditions prescrites par l'article 9, il faut donc les désigner par leurs noms. Remarquons qu'encore ici, comme pour le notaire, l'énonciation des prénoms est sinon inutile, tout au moins leur défaut n'entraînerait pas la nullité. Les nullités en effet sont de droit étroit et l'on ne peut les étendre sans qu'un texte formel et précis ne les ait consacrées. Il faut de plus énoncer leur qualité de témoins instrumentaires, afin que l'on sache bien, et d'une façon non ambiguë, de quelles personnes se compose le tribunal de juridiction gracieuse que le notaire préside. Cette énonciation a encore plus d'utilité, lorsqu'outre les témoins instrumentaires, l'acte est passé en présence des témoins certificateurs prévus par l'article 11 : il importe en effet de ne pas confondre ces deux classes de témoins qui jouent un rôle tout différent.

Leur demeure. — Le domicile dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé étant une des conditions exigées par l'article 9, pour la capacité des témoins dans les actes ordinaires (il n'en est pas de même en matière de testaments, aucune condition de domicile n'étant exigée par l'article 980 du Code civil), il importe que l'on puisse constater que cette condition est remplie. La mention de la fonction lorsque cette fonction emporte fixa-

(1) Nous avons dit qu'un projet tendant à leur suppression figurait à l'ordre du jour de la Chambre des députés.

tion du domicile aux termes des articles 107 et suivants du Code civil, pourra suppléer l'indication de la demeure (1). Il va de soi qu'énoncer une fausse demeure, à moins d'erreur légitime, aurait le même résultat que le défaut d'énonciation.

Le lieu où l'acte est passé. — La compétence des notaires étant essentiellement territoriale, il importe de bien savoir si l'acte a été passé dans un lieu où le notaire avait le droit d'instrumenter, conformément aux prescriptions des articles 5 et 6 que nous avons examinées plus haut. Par le lieu dont l'énonciation est prescrite il faut n'entendre, au sens étroit qui doit être adopté pour l'examen des causes de nullité, que la mention de la ville ou de la commune (2). Il est cependant préférable d'indiquer également l'endroit précis, la maison où l'acte a été signé, énonciation qui peut avoir un grand intérêt si l'acte est un jour attaqué, car la preuve contraire ne pourra être établie que par la voie de l'inscription de faux, ou si le notaire n'a le droit d'instrumenter que dans une partie de la ville.

La date de la réception de l'acte. — La loi exige, à peine de nullité, la mention du jour et de l'année; l'énonciation du jour entraînera celle du mois. Il n'est pas nécessaire de constater à quelle heure les actes auront été passés, cela eut pourtant parfois présenté de l'intérêt : par exemple, avant le 1^{er} janvier 1856 et sous l'empire du régime établi par le Code civil pour les mutations immobilières, si le même immeuble avait été vendu le même jour à deux acquéreurs différents, l'indication de

(1) Grenoble, 7 août 1828, Dalloz, 23,2,19.

(2) Cassation, 23 novembre 1825, Dalloz, 26,1,11.

l'heure pouvait servir à établir les droits de l'un ou de l'autre. En matière de ventes de meubles et dans le même cas si aucun des deux acheteurs n'a été mis en possession, la propriété appartiendra à celui dont le titre sera antérieur. Cependant, dans les inventaires et différents procès-verbaux où il est procédé par vacations, on doit indiquer l'heure du commencement et de la fin de chaque séance (1).

Il n'est pas nécessaire non plus d'indiquer le jour de la semaine où l'acte a été passé : il y a parfois même un grand inconvénient à le faire dans les cas où une erreur serait commise, soit dans l'indication de ce jour, soit dans celle du quantième du mois (2).

L'indication d'une fausse date, lorsque l'inexactitude a été prouvée par la voie de l'inscription de faux, car il s'agit là d'une partie essentielle de l'acte, équivaut à l'absence de toute indication de la date et par suite entraîne la nullité de l'acte authentique et, s'il y a lieu, la responsabilité du notaire (3). Cette règle trouve surtout son application en matière de testaments (4).

Surcharges et interlignes. — Aux termes de l'article 12, le notaire qui a surchargé, interligné ou ajouté des mots, ou qui n'a pas fait approuver la mention des mots rayés comme nuls est passible des dommages-in-

(1) Décret du 10 brumaire an XIV.

(2) Paris, 2 janvier 1883, *Rev. not.*, n° 6589.

(3) Lyon, 6 août 1857, *Sirey*, 58.2, 485.

(4) Arrêt de Rouen du 31 mars 1886 (*Revue du notariat*, n° 7323) rendu sur la cassation du 19 mai 1885 (*Revue du notariat*, n° 7118) d'un arrêt de la Cour de Paris qui avait condamné le notaire en constatant simplement sa faute et sans faire usage du pouvoir d'appréciation de la responsabilité donnée par l'article 68. Nous avons eu au surplus l'occasion de citer ces arrêts dans la première section de ce chapitre.

térêts. C'est là en effet une garantie précieuse pour les parties ; elles eussent été à la merci de toute personne malveillante qui eût pu s'emparer de la minute ou la détenir quelques instants : le notaire sachant que sa responsabilité est engagée veillera avec plus de diligence à ce que de pareils faits ne se produisent pas (1). La nullité ne s'étend pas bien entendu à l'acte entier, mais seulement aux mots ajoutés, surchargés ou interlignés : lorsqu'il s'y trouve compris des indications essentielles, telles que la date, le nom des témoins et autres, la nullité de l'acte entier s'ensuivra et par suite la responsabilité du notaire pourra être engagée. Mais elle ne le sera pas dans ce cas seul, même si l'addition ne comporte pas de mention dont l'absence peut faire annuler l'acte, s'il s'agit par exemple d'une énonciation secondaire : date d'exigibilité d'une créance, stipulation d'intérêts ou toute autre clause accessoire dont l'omission porte cependant préjudice aux parties, le notaire devra réparer ce préjudice survenu par sa faute.

Tableau des interdits. — Aux termes de l'article 18, le notaire doit tenir exposé dans son étude un tableau sur lequel il doit inscrire les noms, prénoms, qualités et demeures des personnes qui, dans l'étendue du ressort où il peut exercer, sont interdites et assistées d'un conseil judiciaire, ainsi que la mention des jugements relatifs ; le tout immédiatement après la notification qui en aurait été faite et à peine des dommages-intérêts des parties.

D'autres textes mentionnent également cette obligation : ce sont tout d'abord l'article 501 du Code civil, prescrivant cette affichage dans le délai de dix jours,

(1) Eloy, *op. cit.*, t. 2, n° 601.

puis l'article 897 du Code de procédure civile qui assimile sous ce rapport les personnes pourvues d'un conseil judiciaire à celles frappées d'interdiction, et enfin les articles 92 et 175 du décret du 16 février 1807 contenant tarif des frais et dépens portant : article 92, « le jugement d'interdiction ou de nomination de conseil ne sera point signifié aux notaires de l'arrondissement ; l'extrait en sera remis au secrétaire de leur chambre qui en donnera récépissé et qui le communiquera à ses collègues qui seront tenus d'en prendre note et de l'afficher dans leur étude », article 175 : « les notaires seront tenus de prendre à leur chambre de discipline et de faire afficher dans leurs études l'extrait des jugements qui auront prononcé des interdictions contre des particuliers ou qui leur auront nommé des conseils, sans qu'il soit besoin de leur signifier les jugements ». Ce second article, on le voit, rend encore plus étroite la responsabilité des notaires, puisqu'il les empêche d'exciper d'un défaut de communication fait par le secrétaire de leur chambre, ou tout au moins de l'envoi de l'extrait, il suffira qu'ils aient su qu'il y avait une interdiction prononcée dans leur ressort ou un conseil judiciaire donné pour qu'ils soient exposés à des recours. Mais quelle sera au juste l'étendue de cette responsabilité ? Faudra-t-il dire avec M. Pagès (1), que, conformément à la lettre de l'article 18, le fait seul de l'affichage est prescrit et que du moment que celui-ci a eu lieu le notaire est déchargé de toute responsabilité, même à raison des actes passés devant lui où aurait figuré l'incapable ?

(1) *Responsabilité des notaires*, p. 76.

Cette solution est beaucoup trop radicale. Bien qu'en principe le notaire ne soit pas obligé de faire des recherches pour s'assurer de la capacité des parties qui se présentent devant lui et en informer les autres contractants, il est néanmoins certain que, même sans se livrer à des réticences coupables, même sans avoir par ses agissements empêché de prendre connaissance du tableau, s'il savait un individu interdit et que mainlevée de cette interdiction n'eût pas été donnée, il devrait répondre de ce manquement grave à ses devoirs, de n'avoir pas renseigné ses autres clients sur la nullité relative éventuelle de leurs conventions (1).

Quel sera le caractère de cet affichage ? Est-il prescrit comme d'ordre public ou simplement concerne-t-il les conventions passées devant les notaires ? En d'autres termes une personne ayant contracté par acte sous signatures privées avec un interdit ou un individu pourvu d'un conseil judiciaire pourra-t-elle, lorsque la nullité de cet acte aura été prononcée, recourir en responsabilité contre son notaire sous le prétexte que, se trouvant un jour dans son étude pour un motif tout à fait indépendant, elle aura parcouru le tableau et n'y aura point trouvé le nom de la personne avec qui elle se proposait de contracter ? Nous ne le pensons pas. Les études des notaires ne sont pas des lieux publics ni des agences de renseignements à la disposition de tout le monde ; il y a un endroit qui est spécialement affecté à cet usage et où l'affichage dont nous nous occupons doit aussi avoir lieu : c'est la salle de l'auditoire du tribunal. C'est là que les

(1) Eloy, *Responsabilité des notaires*.

parties qui veulent rédiger elles-mêmes leurs conventions doivent aller se renseigner ; le tableau n'est exposé dans les études de notaire que pour celles qui ont recours à son ministère, et qui viennent chercher là cette garantie, parmi tant d'autres, de pouvoir s'assurer de la capacité des personnes à qui elles ont affaire.

Communication des actes. — D'après l'article 23, les notaires ne peuvent, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition, ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit à peine de dommages-intérêts, d'une amende de cent francs et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois, sauf néanmoins l'exécution des lois et règlements sur le droit d'enregistrement, et de celles relatives aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux.

Cette défense de donner communication des actes à d'autres qu'aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit est fondée sur les mêmes motifs que l'obligation du secret professionnel : les actes contiennent une foule de renseignements dont dépendent souvent l'honneur et les intérêts des familles et qu'il est de la plus haute importance de tenir secrets aux tiers. Dans les cas où la loi, en vertu d'une disposition formelle, ordonne la communication, il ne peut bien entendu être question de responsabilité du notaire, il en est ainsi pour les préposés de l'enregistrement (1) qui ont le droit de prendre connaissance, sans les déplacer, de tous les ac-

(1) Article 54 de la loi du 22 frimaire an VII.

tes, répertoires, registres des notaires. Toutefois il ne s'agit ici que des actes notariés proprement dits ou de ceux qui auront été déposés au rang des minutes, et non de ceux que l'on aura confiés au notaire comme dépositaire particulier et confidentiel (1). L'article 23 excepte également certains actes dont il est utile de donner connaissance aux tiers et dont par suite la publication est ordonnée, tels sont : un extrait des actes de société (2) également un extrait des contrats de mariage des commerçants (3).

§ II. — *Obligations en dehors de la loi de ventôse formellement sanctionnées par la responsabilité civile.*

Publication du contrat de mariage des commerçants. — Si le notaire peut engager sa responsabilité en faisant connaître indiscretement le contenu des actes, parfois à l'inverse il est tenu de porter certains d'entre eux à la connaissance de tous.

L'article 68 du Code de commerce dit en effet : « Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent sous peine de cent francs d'amende (4) et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion ». Le Code de commerce a voulu que les tiers contractant avec les commerçants puissent facilement se renseigner

(1) Cass., 5 novembre 1866. Dalloz, 66,1,433.

(2) Code de commerce, art. 42.

(3) Code de commerce, art. 67, 68.

(4) Réduite par la loi du 16 juin 1824, article 10, comme nous avons eu l'occasion de le dire plus haut à propos d'un cas analogue.

sur leur régime matrimonial qui, en modifiant la capacité de la femme et le droit du mari d'engager ses biens, présente le plus grand intérêt au sujet des conventions et du recours pouvant en résulter. Le législateur du Code civil n'avait en effet pas envisagé cette face de la question et n'avait donné aux tiers aucun moyen de s'assurer de la véracité de la déclaration de deux époux affirmant qu'ils n'avaient fait précéder leur union de la rédaction d'aucun contrat de mariage, et qui pouvaient ensuite, par l'exhibition de cet acte, faire disparaître les garanties dont s'était entouré le créancier. Les mesures prescrites par le Code de commerce étaient donc fort sages et avaient produit d'excellents résultats.

Mais elles avaient le grave tort de ne s'appliquer qu'aux commerçants alors que l'on pouvait également avoir grand intérêt à connaître le régime matrimonial de tous les autres citoyens. C'est cette lacune qu'est venue combler la loi du 10 juillet 1850 qui organise un mode de publicité beaucoup plus pratique et beaucoup plus efficace que celui du Code de commerce et qui a en outre l'avantage de révéler seulement l'existence d'un contrat et non son contenu. La sanction a également beaucoup plus de portée : le contrat de mariage ne sera pas opposable aux tiers, du moins en tant qu'établissant, au profit de la femme, les incapacités résultant du régime dotal.

Par contre la responsabilité pécuniaire du notaire ne sera pas engagée autrement que par une amende ; cela se conçoit du reste facilement puisqu'il n'en résulte pour les tiers aucune lésion et que les époux auront été les principaux coupables en faisant une fausse réponse à

l'interpellation de l'officier de l'état civil, prescrite par l'article 75 du Code civil, modifié par la loi de 1850.

En présence de ces dispositions on se demande à juste titre ce qu'ont dû devenir les deux articles 67 et 68 du Code de commerce ? Ils n'ont point été abrogés et continuent à être applicables aux commerçants. La peine de l'amende devra être infligée au notaire y contrevenant, cela n'est pas douteux, mais en sera-t-il de même au point de vue de la responsabilité ? Nous l'admettrons difficilement : un créancier prudent aura dû en effet vérifier l'acte de mariage de ceux avec lesquels il aura contracté, pour voir s'il y existait bien la mention du défaut de contrat de mariage ; cette vérification est utile alors même que rien ne serait reprochable au notaire ; dans le cas où par exemple la qualité de commerçant n'aurait été acquise que pendant le mariage (1). D'ailleurs nous ne croyons pas que le fait se soit présenté dans la pratique : un notaire ne s'exposerait pas à des peines aussi sévères, alors qu'une mesure de prudence élémentaire peut déjouer ses combinaisons. Nous pensons cependant qu'il y aurait lieu d'appliquer l'article 68 dans toute sa sévérité si un notaire, au lieu de négliger les publications prescrites, les effectuait mais en y glissant une fausse déclaration au sujet du régime adopté par les époux. Un créancier qui aura trouvé d'une part dans l'acte de mariage la mention de l'existence d'un contrat, qui, d'autre part, se rendant à l'un des greffes ou des secrétariats indiqués dans l'article 67, aura vu que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, aura certainement agi avec la plus grande prudence.

(1) Article 69, C. comm.

Sans doute il aurait pu demander communication du contrat lui-même pour voir s'il n'y avait pas de clauses particulières réglant le emploi des propres de la femme, mais si par exemple il ne traitait que relativement à des biens de la communauté, il devra se croire, légitimement, pleinement, en sûreté. Si maintenant les époux viennent lui opposer le régime dotal ou celui de la séparation de biens, pour empêcher l'exécution de leurs obligations sur des biens que le créancier devait croire à juste titre communs, il est certain qu'en ce cas le notaire encourra la plus grave responsabilité, sans préjudice des peines sanctionnant le crime de faux dont il pourra être passible.

Quoi qu'il en soit, et hormis ce cas fort rare et ne répondant pas à un besoin réel, puisque dans le cas où ces articles disparaîtraient, le créancier aurait toujours la ressource de demander la production du contrat, il est bien regrettable que le législateur de 1850 n'ait pas abrogé les articles 67 et 68. Ils sont inutiles, les mesures qu'ils prescrivent sont assez compliquées, nécessitent l'emploi et la conservation de registres rarement consultés, pour ne pas dire jamais, et ont surtout le grand inconvénient tout pratique d'augmenter les frais d'un contrat pour les commerçants peu aisés, augmentation qui va parfois jusqu'au double. Il en résulte que beaucoup se marient sans contrat ce que bien souvent ils ont l'occasion de regretter plus tard.

Plusieurs propositions ont été faites pour arriver à l'abrogation de ces articles : espérons qu'il s'en reproduira une qui aura plus de chances d'aboutir et, par une

bien petite réforme, on rendra ainsi un grand service à bien des gens.

Changements et contre lettres apportées à un contrat de mariage. — Si les parties, après avoir fait rédiger leur contrat de mariage, veulent y apporter des modifications, elles doivent se conformer aux prescriptions de l'article 1397 du Code civil qui, après avoir déterminé les conditions de leur validité, ajoute : « et le notaire ne pourra, à peine de dommages-intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosse, ni expédition, sans transcrire à la suite le changement ou la contre lettre ». Voilà un cas bien formellement prévu par la loi : l'expédition doit être d'un seul contexte, et porter la signature du notaire seulement à la fin du tout, si le notaire délivrait deux expéditions séparées, ou même réunies avec possibilité de séparation, il encourrait la responsabilité prévue par cet article. Si le notaire avait délivré l'expédition avant que la contre lettre fût faite, il devait se refuser à recevoir celle-ci et à l'entourer des formalités prescrites par les articles 1396 et 1397 du Code civil, tant que l'on ne lui aurait pas remis cette expédition qui devrait être délivrée de nouveau avec les modifications survenues. Remarquons que la loi n'exige pas que la contre lettre soit reçue par le même notaire que le contrat de mariage (1) : l'article 1397 dit à la vérité qu'elle sera sans effet à l'égard des tiers si elle n'est rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage, et le notaire détenteur a seul qualité pour rédiger un acte à la suite d'un autre précédemment reçu par lui,

(1) *Contrà* Colmet de Santerre, t. 6, p. 22.

Nous ne croyons pas que la question se soit posée dans la pratique.

mais nous croyons qu'il suffirait, pour remplir le vœu de la loi, dans le cas où les parties auraient confié à un autre notaire le soin de rédiger des modifications à leurs conventions matrimoniales, qu'une expédition de la contre lettre fut déposée par le premier notaire au rang de ses minutes et à la suite de celle du contrat primitif. C'est à ce dépôt que le notaire devrait refuser son ministère, tant que l'expédition qu'il aurait délivrée précédemment ne lui aurait pas été rendue.

Cession de droit litigieux. — L'article 1597 du Code civil prévoit également une hypothèse formelle où des dommages-intérêts peuvent être demandés aux notaires : c'est le cas où ils deviendraient cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Le législateur a pensé que, de même que les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux, quoiqu'à un degré moindre, leur situation professionnelle et leur influence sur les plaideurs pourrait les entraîner à se livrer à des manœuvres plus ou moins délicates pour obtenir la cession de droits qu'ils sauraient devoir triompher. Il a voulu couper court à ce genre d'opérations et a édicté les sanctions de nullité, des dépens et dommages-intérêts. Mais quels seraient ces dommages-intérêts? Non seulement, comme le dit M. Eloy (2), la condamnation aux dépens et frais de l'acte et aux dépens de l'instance engagée pour faire prononcer la nullité mais encore tout le préjudice qui aura pu s'en-

(1) T. 6, p. 24.

(2) *De la responsabilité des notaires*, n° 679.

suivre pour les parties d'avoir cédé leurs droits dans les termes de l'article 1149 du Code civil.

Inventaire sur levée de scellés. — On trouve également dans l'article 928 du Code de procédure civile, un cas où les notaires peuvent être exposés à des dommages-intérêts : c'est celui où ils auront fait un inventaire sur levée de scellés avant trois jours depuis l'inhumation si le scellé a été apposé auparavant, ou l'apposition de scellé, à moins d'une ordonnance du Président du tribunal et de la représentation des parties non présentes par un notaire commis. Mais en ce cas la responsabilité du notaire pourra être bien atténuée en fait par l'intervention du juge de paix et de son greffier, la loi l'édicte pourtant d'une façon formelle et il n'est pas douteux, qu'en prêtant son ministère dans des circonstances aussi graves que celles d'un détournement possible d'objets faisant partie d'une succession, il n'encourt, outre la responsabilité pécuniaire, de fortes peines disciplinaires.

Protêts. — L'article 176 du Code de commerce signale encore formellement un cas de responsabilité tant civile que disciplinaire des notaires : il s'agit de l'obligation édictée par cet article de laisser copie exacte des protêts par eux faits et de les inscrire sur un registre spécial. Cette hypothèse n'intéresse que peu la responsabilité des notaires, mais presque exclusivement celle des huissiers, à qui en fait les notaires ont abandonné le monopole de cette sorte d'actes.

Il faut mentionner, pour terminer cette énumération, les articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871, qui établit des augmentations d'impôts et des impôts nouveaux

relatifs à l'enregistrement et au timbre. Cette loi, vu les surtaxes grevant les mutations immobilières, a redouté en cette matière, comme il arrive généralement quand des impôts trop élevés frappent certains faits juridiques, non la dissimulation complète de ces faits, ce qui en l'espèce est impossible, mais de fausses déclarations sur leur importance qui sert de base à l'assiette de l'impôt. Elle a, dans ce but, édicté une amende équivalente à une confiscation partielle si des faits de cette nature se produisaient, et, comme mesure préventive, elle a imposé aux notaires, à peine d'une amende, de donner lecture de ses dispositions aux parties lorsqu'elles passent devant lui un acte rentrant dans cette catégorie, et de faire mention expresse de cette lecture, afin d'assurer l'exécution de cette mesure.

§ III. — *Obligations imposées aux notaires et n'étant pas formellement sanctionnées par la responsabilité civile.*

Il existe enfin un grand nombre de cas où la loi a imposé aux notaires des obligations plus ou moins étroites de l'inexécution desquelles peut résulter, soit la nullité des actes, soit tout autre dommage pour les parties, mais dont les textes n'ont pas, par voie de conséquence, formellement exprimé la sanction des dommages-intérêts.

La différence existant sous ce rapport avec les premiers repose sur ce motif historique : que ceux-ci avaient été l'objet des ordonnances royales antérieures ; mais leur importance est égale et parfois supérieure aux autres, aussi doit-on leur faire l'application des mêmes princi-

pes : ceux qui ont été posés dans la première section de ce chapitre. Ce sont principalement :

Devoir d'instrumenter. — Aux termes de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis. S'ils refusent de remplir cette obligation ils sont bien certainement passibles de peines disciplinaires ; il est non moins douteux qu'ils devront réparer le préjudice qu'ils auront de la sorte causé aux parties, soit par suite de leur dol ou de leur faute, ou d'une grande négligence équivalent à une faute. Un empêchement légitime, soit physique tel que la maladie ou l'éloignement, soit légal tel que la parenté, l'alliance ou l'obligation de violer un devoir professionnel ou moral (nous dirons à propos de la responsabilité des notaires comme conseils dans quelle mesure cette sorte d'excuse doit être admise), peut seul les exonérer de toute responsabilité à cet égard.

Individualité des parties. — L'article 11 de la loi de ventôse dit que le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoin instrumentaire. Un des principaux éléments de l'authenticité, un des motifs les plus fréquents pour lesquels les parties recourent aux notaires au lieu de rédiger leurs conventions elles-mêmes, est la sécurité qui résulte pour les contractants de ne redouter aucune contestation quant à l'identité des personnes avec qui elles auront traité, et à la sincérité des signatures qui sont apposées à l'acte. Il en résulte qu'un des principaux devoirs du notaire est de s'assurer de cette identité. Et cette obligation est d'au-

tant plus étroite et doit être plus énergiquement sanctionnée que, pour réparer le dommage qui pourrait résulter de son inexécution, les parties devraient employer la procédure si longue, difficile et dangereuse de l'inscription de faux. Il est bien certain qu'un notaire qui aura été, sinon assez coupable, tout au moins assez négligent pour ne s'entourer d'aucune garantie et d'aucune précaution avant de rendre authentique la signature et la volonté d'un individu qu'il ne connaît pas, manque de la façon la plus grave à ses devoirs professionnels et par suite encourt une grave responsabilité. C'est ce qui a été jugé à plusieurs reprises par la Cour de cassation (1).

Mais, comme il est certain qu'un notaire peut ne pas toujours connaître les parties qui se présentent à lui et qui sont dans la nécessité de recourir à son ministère, la loi lui permet, en s'entourant de garanties qu'elle détermine, d'échapper à cette responsabilité. Mais il faut que ces prescriptions soient rigoureusement observées, que les témoins soient des gens sérieux connus du notaire et remplissant les conditions fixées, de façon à ce qu'il ne suffise pas de deux personnes complaisantes ou complices pour consommer un faux contre lequel tout recours serait illusoire (2).

Si le notaire peut être responsable de l'identité des parties, est-il garant de la sincérité des qualités prises par elles et de leur capacité ? que faut-il entendre exactement par ce mot état dont l'article 11 s'est servi ? S'agit-il de la profession qu'exerce le comparant comme

(1) 17 mars 1828 (Sirey, 28,1,324), 18 novembre 1885 (*Revue du notariat*, n° 7247).

(2) Paris, 29 janvier 1847, Dalloz, 47,4, 425.

l'a admis le tribunal de la Seine (1) ou au contraire doit-on entendre cette expression dans le sens juridique qu'on lui attribue quand on parle de l'état et de la capacité d'une personne ?

Il s'agit bien certainement ici non de la capacité absolue d'une partie, mais du moins de sa situation juridique sur laquelle le notaire devra se renseigner. Les mots état et capacité ne sont pas synonymes : le notaire ne peut répondre de la nullité d'un acte prononcée par défaut de capacité de l'un des contractants, alors qu'il n'aura commis aucune faute en croyant s'assurer de cette capacité, mais il devra, au même degré et avec les mêmes tempéraments que pour l'identité, s'informer s'il n'existe pas, du fait de l'état d'une personne, de causes de nullité pouvant vicier l'acte : par exemple de sa situation de femme mariée (2) ou de sa minorité (3).

Au surplus, de même que pour les témoins instrumentaires, la possession d'état bien établie, l'exonère de toute responsabilité par application de la maxime : *Error communis facit jus*.

Testaments. — Le Code civil dans les articles 971 et suivants, a entouré les testaments publics ou mystiques, d'une série de formalités spéciales et compliquées et a sanctionné l'omission par la nullité. Quelles conséquences cette nullité entraîne-t-elle pour le notaire ?

Il s'agit ici d'une responsabilité d'une gravité particulière qui peut-être, avec celle résultant des placements hypothécaires, est dans la pratique la source du plus

(1) 27 janvier 1869, *Rev. not.*, n° 2309.

(2) Cass., 11 août 1857, *Dalloz*, 58,1,155

(3) Cass., 12 juin 1872, *Rev. not.*, n° 4153.

grand nombre des procès. Et, comme la question ne se pose qu'après le décès du testateur, que de plus l'objet du recours est souvent la fortune entière de ce testateur, les notaires doivent agir en cette matière avec les plus grandes précautions et s'entourer d'un luxe de formalités mêmes surabondantes s'il est possible. Mais, précisément à cause de cette gravité même, et de l'importance ordinaire du litige, il est de toute équité que les juges ne se montrent pas trop rigoureux : un notaire ne s'expose pas légèrement à une responsabilité de cette nature, et si parfois un testament vient à être annulé il est rare qu'il y ait faute lourde de sa part ; souvent les circonstances de précipitation où il a dû instrumenter, les difficultés pratiques et matérielles qui ont pu survenir, ne lui ont pas laissé toute sa liberté d'action et doivent entrer pour une large mesure dans l'appréciation de sa responsabilité.

La responsabilité civile du notaire sera certainement engagée s'il y a dol de sa part ou seulement faute lourde : sur ce point tout le monde est d'accord.

Mais hors ce cas les auteurs et la jurisprudence ont beaucoup varié. C'est principalement en cette matière qu'il y aura lieu pour les juges d'user largement du pouvoir d'appréciation dont ils sont investis par la loi de ventôse selon les circonstances de chaque espèce.

Il faut, en cette matière, combiner les articles de la loi de ventôse avec ceux du Code civil : quand ceux-ci diffèrent des premiers c'est à eux qu'il faut se référer, le Code civil contient en effet la législation spéciale sur ce point : *specialia generalibus derogant*.

En ce qui concerne la capacité des témoins notam-

ment, les dispositions des articles 974 et 975 du Code civil contiennent des règles moins restrictives que celles que nous avons énoncées plus haut ; par exemple, un testament ne saurait être annulé par le fait que l'un des témoins ne serait pas domicilié dans l'arrondissement communal du lieu où l'acte est passé. Toutefois une parenté au quatrième degré, soit du testateur, soit des légataires serait une cause de nullité. Il est souvent impossible au notaire de vérifier si cette dernière condition est remplie ; aussi, dès qu'il a interrogé les témoins, et qu'ils lui ont formellement déclaré qu'ils ne se trouvaient pas dans ce cas, sa responsabilité doit être à couvert.

Le testament doit être dicté par le testateur, écrit par le notaire tel qu'il a été dicté et il doit en être donné lecture au testateur, le tout en présence des témoins. De plus, il doit être fait du tout mention expresse. Il est hors de doute que la connaissance de ces règles étant fondamentale pour un notaire, l'ignorance de l'une d'elles ou leur inobservation constitue une faute lourde de nature à engager sa responsabilité (1).

De même ce qui concerne la signature ou la mention de la cause du défaut de signature, les dispositions de la loi de ventôse concernant les surcharges, renvois, apostilles et la date du testament, tout ce que nous avons dit précédemment à propos des actes ordinaires, trouve son application ici avec plus de gravité que dans la plupart des autres cas, puisque jamais l'on ne pourra bénéficier de la disposition de l'article 1318 du Code civil.

Donations. — Il en est de même en ce qui concerne

(1) Dijon. 16 février 1872, Dalloz, 72, 2, 213.

les donations. Ici non plus la responsabilité des notaires n'est pas formellement édictée par un texte spécial, mais il est certain qu'une faute lourde du notaire, l'ignorance ou la négligence d'une règle fondamentale de nature à entraîner la nullité, peuvent mettre ce notaire dans l'obligation de réparer le préjudice par lui causé : par exemple s'il omettait de mentionner l'acceptation expresse du donataire (1). Il en serait de même si le notaire n'observait pas les prescriptions de la loi du 24 juin 1843, et négligeait de se faire assister de deux témoins au moment de la passation de l'acte.

(1) Cass., 27 mars 1839 ; Sirey, 39, 1, 269 ; Rennes, 20 mars 1841 ; Sirey, 41, 2, 418.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ RÉSULTANT POUR LES NOTAIRES DE FAITS EN DEHORS DE LEURS FONCTIONS PROPREMENT DITES.

Outre les actes appartenant au ministère proprement dit du notaire tel que l'a défini le législateur de ventôse, cet officier public peut se trouver amené à remplir d'autres missions pour l'accomplissement desquelles sa situation l'indique même aux particuliers : il peut être mandataire en vertu d'une convention expresse ou tacite, gérant d'affaires ou se charger de dépôts (nous avons vu à propos de la responsabilité disciplinaire que le législateur de 1890 s'était efforcé de limiter sa responsabilité dans ce dernier ordre d'idées), donner des conseils aux parties qui s'adressent à lui.

Dans tous ces cas, c'est l'homme privé qui agit et non plus l'officier public : sa responsabilité doit dès lors en principe être régie par les règles générales.

Il faut envisager tout d'abord avec quelque détail les hypothèses si variées et auxquelles la pratique a donné une importance capitale, où cette responsabilité se reproduit le plus habituellement, puis déterminer, en faisant l'application des principes, l'étendue de cette responsabilité.

SECTION I

Des principales causes de responsabilité des notaires pour faits en dehors de leurs fonctions proprement dites.

§ 1. — *Responsabilité des notaires comme mandataires ou gérants d'affaires.*

Si le notaire n'est pas le mandataire légal des parties, quand il constate leurs conventions et leur confère l'authenticité, il peut être du moins constitué mandataire conventionnel, soit pour l'exécution de ces conventions, soit même pour tout autre objet, ou se porter de lui-même leur gérant d'affaires. Il n'y a aucune incompatibilité entre ces diverses fonctions et celles dont la loi l'investit, bien au contraire, il est naturellement désigné pour remplir au lieu et place des parties une foule d'opérations qu'elles ne pourraient ou ne sauraient effectuer elles-mêmes : par exemple les placements de fonds, les diverses formalités hypothécaires, les mainlevées et radiations à requérir, etc.

Le contrat de mandat se forme par l'acceptation du mandataire (art. 1984, C. civ.) de la procuration que lui a donnée le mandant : on a donc pu le définir à bon droit une procuration acceptée. Aucune solennité n'est exigée pour la constitution d'un mandataire ; en règle générale, elle peut avoir lieu par acte public ou privé, par simple lettre ou verbalement, même tacitement : ce dernier point est généralement admis aujourd'hui.

L'article 1985 du Code civil dit pourtant en termes formels que le mandat peut être donné par écrit ou ver-

balement. Terrible dans son rapport au Tribunal (séance du 16 ventôse an XII) avait indiqué que le mandat verbal était la dernière limite admise par le législateur pour sa constitution valable et, l'article 1985 dit que l'acceptation de mandat, par opposition à sa constitution, peut n'être que tacite. Malgré tous ces arguments de texte semblant exclure formellement la validité du mandat tacite, elle est généralement admise aujourd'hui, tant par la doctrine que par la jurisprudence, et avec raison croyons-nous, car les principes ne sont pas douteux : le mandat est un contrat consensuel se formant par le seul accord des volontés ; aucune exception n'est assez formelle pour laisser admettre que le législateur ait voulu y déroger, sauf dans les procurations s'appliquant aux actes visés par la loi du 21 juin 1843, et de plus il n'a pas dû attacher au mot « verbalement » de l'article 1985 le sens littéral de cette expression ; il a, croyons-nous, voulu l'entendre comme synonyme de l'expression « sans écrit » par opposition aux mots « par écrit » dont il venait de se servir.

Ce principe étant admis, reste la question de preuve. C'est ici qu'il y a une notable différence entre les cas où le notaire aura accepté un mandat que lui aura donné tacitement un de ses clients, et celui où il se sera de lui-même constitué son gérant d'affaires, et, par suite, dans les conséquences des deux situations au point de vue de sa responsabilité. Dans le dernier cas, celui de la gestion d'affaire, tout mode de preuve sera admis : la preuve testimoniale et même les simples présomptions, et ce, indéfiniment, au delà de 150 francs, conformément à l'article 1348 du Code civil, car les faits du notaire étant

alors des agissements spontanés, des démarches personnelles excluant toute participation du client, celui-ci ne peut s'en procurer de preuve écrite.

Dans l'autre cas, au contraire, le mandat exprès ou tacite reste soumis aux modes généraux de la preuve, définis par les articles 1344 et suivants du Code civil et rappelés spécialement dans l'article 1985. Ici ce n'est plus le notaire seul qui a agi : il a fallu la participation des deux intéressés, qu'une mission ait été confiée par l'un et acceptée par l'autre, opérations dont l'existence devra être prouvée comme celle de toutes les conventions de droit commun, et que l'on ne pourra établir par témoins, ni à plus forte raison au moyen de présomptions, fussent-elles graves, précises et concordantes (1) à moins d'un commencement de preuve par écrit tel que le définit l'article 1347 du même Code.

C'est à cette dernière opinion qu'après plusieurs hésitations s'est définitivement ralliée la jurisprudence : un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 29 décembre 1875 (2), survenant après plusieurs arrêts contraires de la même Cour (3) a définitivement posé les vrais principes de cette matière : « Attendu, dit cet arrêt, qu'aucune exception à cette règle (celle résultant des articles 1985 et 1344 du Code civil) n'est admise par la loi en faveur du mandat tacite ; que les faits dont on prétend déduire l'existence d'un mandat tacitement conféré doivent donc être légalement établis devant le

(1) C. civil, art. 1353.

(2) *Rev. notariat*, n° 5081. *J. Palais*, 1876, n° 1038.

(3) 18 août 1873, *Rev. not.*, n° 4460 ; 15 décembre 1874, *Rev. not.*, n° 4852, et 28 avril 1875, *Rev. not.*, n° 5059.

juge avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer ».

Si le mandat doit être prouvé comme nous venons de le voir, il n'en est pas de même de son acceptation qui, pouvant n'être que tacite et résulter de l'exécution que lui a donnée le mandataire, peut se présumer, bien que la preuve n'en soit apportée ni verbalement, ni par écrit. Les tribunaux ont donc, en cette matière, un pouvoir fort étendu d'appréciation. Ce pouvoir n'est cependant pas illimité : l'on ne doit admettre comme preuve de l'acceptation par le mandataire que les faits absolument corrélatifs à l'objet même du mandat, et n'ayant de raison d'être qu'à cause de son exécution (1).

Plusieurs fois les parties ne pouvant, conformément aux règles que nous venons d'énoncer, établir en justice un mandat même tacite, se sont trouvées amenées, pour faire supporter au notaire les conséquences de négligences commises, à invoquer l'existence d'une gestion d'affaires qu'elles offraient d'établir par la preuve testimoniale ou les présomptions de l'article 1353. Plusieurs fois également les tribunaux leur ont donné raison. Nous voyons là une confusion absolument contraire aux principes régissant cette matière ; jamais, en tous cas, la gestion d'affaires ne peut consister dans une omission d'agir mais implique un fait positif, une immixtion dans les affaires d'une personne ignorée de celle-ci au début (2).

Un arrêt de la Cour de Caen du 27 janvier 1875 (3) a formellement consacré la distinction qui doit exister en-

(1) Paul Pont, *Petits contrats*, n° 877.

(2) Troplong, *C. civil expliqué*, article 1985.

(3) *Journal Notariat*, 21.251.

tre ces deux sources d'obligations, entièrement différentes l'une de l'autre, et dit que les juges devaient apprécier d'après les circonstances s'il y avait eu contrat ou quasi-contrat : « attendu qu'il ne saurait dépendre de l'habileté d'une des parties de transformer selon son intérêt le mandat en simple gestion d'affaires afin de rendre admissible la preuve testimoniale ».

La responsabilité civile du notaire peut se trouver engagée, dans l'ordre d'idées qui nous occupe en ce moment, dans une foule de cas. Les diverses présomptions qui pourront être admises par les tribunaux, soit d'une façon absolue en cas de gestion d'affaires ou s'il s'agit d'intérêts inférieurs ou égaux à 150 francs (ce qui pourra être fréquent, car parfois le recours contre le notaire pourra concerner seulement des frais d'actes ou de procédure), ou en cas de mandat lorsqu'il existera un commencement de preuve par écrit, sont de nature entièrement variables, ainsi que ce qui pourra être considéré à bon droit comme un commencement de preuve par écrit. Nous ne pouvons citer tous ces cas, mais nous devons donner un aperçu de ceux sur lesquels, dans la pratique, s'appuient les procès en responsabilité les plus nombreux : d'autant plus qu'à cette matière se rattache la responsabilité à l'occasion des placements hypothécaires, qui sont aujourd'hui une des sources les plus fréquentes des actions en justice contre les notaires.

L'on a voulu présumer une procuration tacite, dans le fait qu'un notaire était investi de la confiance de son client et qu'il lui procurait de nombreux placements (1). On ne doit pas considérer cette présomption comme

(1) Bordeaux, 17 juillet 1877. *Rev. not.*, n° 5521.

suffisante : elle n'offre pas en effet de caractère de gravité, de précision et de concordance exigé par l'article 1353 du Code civil.

Il en est de même du fait que le client était illettré et dépourvu d'instruction (1). Cette condition seule ne saurait suffire : il y a en effet une foule de gens fort instruits, mais insoucieux de leurs intérêts matériels et ignorants des principes du droit, tandis que bien des habitants de la campagne ne sachant pas signer leur nom, connaissent parfaitement les affaires et n'ont pas besoin que leur notaire se constitue leur gérant d'affaires ou de lui donner de procuration pour sauvegarder leurs intérêts.

Toutefois la jurisprudence s'est toujours montrée plus sévère contre le notaire lorsque la partie lésée était un cultivateur, un domestique ou en général un homme illettré, plutôt qu'un avocat, un ancien notaire, un avoué ou un banquier connaissant les affaires. Il est certain qu'il y a là une présomption en faveur d'un mandat tacite : cette présomption à elle seule ne saurait suffire, mais ajoutée à d'autres pourrait contribuer à faire pencher la balance. Le notaire doit, en effet, en cette matière si délicate des placements hypothécaires, apporter un soin et une vigilance d'autant plus grande que son client sera moins en état de se rendre compte par lui-même de l'opération qu'il veut effectuer. Il est bien naturel de présumer que dans cette situation, celui-ci aura chargé son notaire d'opérer les vérifications de solvabilité de l'emprunteur et surtout la solidité du gage dont il lui aura été impossible de s'assurer lui-même.

L'indication, dans un acte d'obligation, que le service

(1) Alger, 6 juillet 1866, *Rev. not.*, n° 1764.

des intérêts et le paiement du capital auront lieu en l'étude du notaire rédacteur ne peut pas constituer une présomption de mandat, non seulement suffisante par elle-même, mais encore de nature à s'ajouter à d'autres déjà acquises. Malgré un arrêt de la Cour de Toulouse (25 juin 1855) confirmé par la Cour de cassation (1), il n'y a là bien certainement aucune constitution de mandat tacite : c'est une clause de style destinée à éviter des déplacements pour les parties, utile surtout en cas de leur éloignement ou de leur changement de domicile, devant avoir son application dans l'avenir, mais ne pouvant laisser présumer en quoi que ce soit la part prise par le notaire dans la négociation antérieure du prêt. Il n'a jamais fait doute au surplus que l'indication d'un lieu pour le paiement, même en l'étude du notaire, n'impliquait nullement pour celui-ci le pouvoir de recevoir et de donner quittance (2). Il en est de même, au point de vue de la présomption d'un mandat antérieurement donné pour la conclusion d'un prêt, du fait que les parties auraient élu domicile pour l'exécution de leurs conventions en l'étude du notaire rédacteur de l'acte.

Cette élection de domicile, pas plus que l'indication du lieu de paiement, ne peut peser d'un poids quelconque dans l'appréciation du rôle de mandataire ou de gérant d'affaires qu'aurait joué le notaire antérieurement, mais elle peut être de nature à engager sa responsabilité d'une autre manière.

L'élection de domicile, en effet, a pour but de permettre de faire des significations dans diverses procé-

(1) 22 avril 1856, *J. Pal.* 1856.2.454.

(2) Cass. req., 22 novembre 1876, *Rev. not.* n° 5321.

dures à l'endroit choisi, au lieu d'obliger à notifier certains actes ou certains faits au créancier en personne. Celui-ci dès lors reconnaît implicitement qu'il sera toujours en relation avec son domicile élu et qu'il y aura toujours un fondé de pouvoirs chargé de lui transmettre les notifications pouvant y être faites. C'est cette mission qu'accepte le notaire, en laissant insérer, dans un acte qu'il reçoit, l'élection de domicile faite en son étude. Il devra dès lors être responsable de toutes les conséquences du mandat qui lui est donné de la sorte : il doit faire parvenir à son client tous les actes pouvant l'intéresser, et si notamment, par suite de sa négligence, celui-ci laissait passer les délais légaux sans produire sa créance dans un ordre judiciaire et se trouvait forclos, le notaire devrait supporter entièrement les conséquences de la mauvaise exécution du mandat de lui accepté (1). Cette solution est au surplus entièrement conforme aux principes généraux et est admise par la doctrine et la jurisprudence (2).

La constitution et l'acceptation du mandat étant de la sorte établies, l'on retombe dans les règles du droit commun au sujet de la preuve des faits relatifs à l'exécution de ce mandat. Le notaire agira prudemment, quand il aura à transmettre à son client des actes d'une grande importance, de la nature de celui que nous avons cité plus haut à titre d'exemple, de se ménager une preuve de l'accomplissement de la mission qu'il aura remplie, en recommandant la lettre à la poste ou en gardant copie de l'avis d'expédition qu'il y joindra.

(1) Cass., 1^{er} mars 1886, D. 86, 1, 457.

(2) Aubry et Rau, t. 1, p. 591 ; Demolombe, I, n° 327 ; Cass., 24 janvier 1887. *Revue du notariat*, n° 7572.

Et remarquons que la mission dont nous parlons est donnée, non pas tant au notaire lui-même en tant que personne investie de la confiance de son client, mais à l'officier public titulaire de l'étude où l'acte a été reçu et où la minute en doit demeurer, ou même qu'à cette étude, considérée comme personne morale. C'est pourquoi les obligations contractées de ce chef par un notaire passent à son successeur qui sera dès lors responsable de leur exécution (1).

D'ailleurs le notaire accepte bien évidemment pour lui et ses successeurs la mission qui lui est confiée car, bien que l'élection de domicile faite en son étude soit dans la pratique devenue une clause de style insérée dans tous les contrats, il pourrait se soustraire aux conséquences de la responsabilité pouvant lui incomber à ce sujet, en priant les parties de choisir un autre lieu pour assurer l'exécution de leurs conventions, et en se retranchant derrière la défense contenue en l'article 8 de la loi de ventôse, que nous avons expliqué plus haut (2).

L'acceptation du mandat résulte, comme nous l'avons dit, de l'insertion dans l'acte signé du notaire de l'élection de domicile faite en son étude, ou du fait que, se chargeant de la rédaction des bordereaux d'inscription, il y aura fait insérer cette élection de domicile, mais conformément aux principes que nous avons posés, il faut pour qu'il y ait responsabilité, qu'il y ait acceptation de ce mandat et l'élection de domicile faite dans

(1) Demolombe, *Cours de Dr. civil*, t. I, n° 372 ; Compiègne, 12 août 1874, *Rev. not.*, n° 4710.

(2) Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 853.

une autre étude à l'insu de ce dernier notaire, ne soumettra pas celui-ci aux obligations dont nous venons de parler. Cette indication, qui sera fréquente dans la pratique à cause de la nécessité imposée au créancier, par l'article 2148 du Code civil, d'indiquer dans le bordereau de l'inscription un domicile par lui élu dans l'arrondissement de la situation des biens, qui ne sera pas toujours nécessairement celui du notaire rédacteur de l'acte constitutif de l'hypothèque, n'aura d'autre effet que celui d'une offre de mandat soumise, comme nous l'avons vu, à l'acceptation. Mais l'acceptation pourra résulter tacitement du fait d'avoir reçu sans protestation les significations faites au domicile élu (1).

Toutefois l'étendue de ce mandat et des obligations qui en résultent devra être présumée moins grande que dans le premier cas : on ne pourra notamment rendre le notaire responsable de l'insuffisance de ses démarches pour faire parvenir les exploits à leur adresse ; en les renvoyant, soit au domicile indiqué des créanciers, soit au notaire rédacteur de l'acte originaire, il aura amplement satisfait aux devoirs pouvant lui incomber (2).

Par opposition aux cas précédents, il est conforme aux principes d'admettre, avec la jurisprudence, que le notaire a été constitué mandataire de ses clients dans les circonstances suivantes que nous citons à cause de leur grande portée pratique :

1° Quand il se charge de procurer à un de ses clients un bon placement hypothécaire. Sur ce point il n'y a plus d'hésitation dans la jurisprudence (3).

(1) Aubry et Rau, *Cours de Dr. civil*, I, p. 591.

(2) Eloy, *Responsabilité des notaires*, t. II, n° 816.

(3) Cass., 11 juillet 1866, *Rev. not.*, n° 1851. Cass., 13 août 1874, Dalloz,

2° Si, exécutant mal le mandat qui lui a été confié, il n'a pas tenu compte des prescriptions du mandant, relatives au rang de l'hypothèque (1).

3° S'il ne s'est pas entouré des précautions suffisantes pour s'assurer du droit de propriété de l'emprunteur.

4° Lorsqu'il n'a pas mis le prêteur en rapport avec l'emprunteur (2).

5° S'il a reçu lui-même les deniers des prêteurs et les a placés entre les mains de personnes qui leur sont inconnues (3).

6° S'il a indiqué lui-même l'emprunteur dont il a attesté la solvabilité (4).

7° Quand il s'est chargé de toutes les mesures à prendre pour la conservation des droits du prêteur (5).

8° Lorsqu'il s'est entremis pour partie dans la négociation d'un prêt et qu'il a promis à son client de ne rien négliger de ce qui pourrait concourir à l'entière sûreté de ses fonds (6).

9° Lorsqu'il a engagé ses clients dans un placement qu'il savait n'être pas bon (7), etc., etc.

En ce qui concerne la question de la preuve du mandat conféré au notaire et accepté par lui, et par suite de nature à engager sa responsabilité, les tribunaux ont-ils

1875, 1, 155. Cass., 8 décembre 1874, Dalloz, 1875, 1, 312 et *Rev. not.*, n° 5060. Cass. req., 28 avril 1877, Dalloz, 78, 1, 158. Cass. req., 20 décembre 1882, *Rev. not.*, n° 6587.

(1) Cass. req. 14 janvier 1856, Dalloz, 56, 1, 456.

(2) Cass., 19 juin 1850, *Journal du Palais*, 1851, p. 267. Rouen, 18 mars 1868, *Journ. Pal.*, 1869, p. 845.

(3) Cass., 9 juillet 1872, *Rev. not.*, n° 4190.

(4) Cass. req., 11 juillet 1866, *Journ. Pal.* 1866, p. 878.

(5) Cass., 9 août 1836, *Journ. Pal.*, 1837, p. 222 et Cass., 3 août 1847, *Journ. Pal.*, 1847, p. 701.

(6) Douai 28 janvier 1846, *Journ. Pal.*, 1846, p. 574.

(7) Cass., 29 décembre 1847, *Journ. Pal.*, 1848, p. 238.

un pouvoir souverain d'appréciation devant échapper au contrôle de la Cour de cassation ? Il est certain que, pour la constatation des faits dont résulterait le mandat, pour l'interprétation des conventions et de l'intention des parties, les juges du fond sont seuls compétents. Les magistrats de la Cour suprême ont néanmoins à se demander, si les faits invoqués ont prouvé conformément aux lois, et si ces faits acquis constituent le contrat de mandat. Sur le premier point nous avons eu l'occasion de citer un arrêt du 29 décembre 1875 (page 198) résolvant formellement la question dans le sens du pouvoir d'appréciation de la Cour de cassation. En ce qui concerne le second point, celle-ci s'est montrée beaucoup moins affirmative, elle a rapporté aux tribunaux la question de savoir si les faits prouvés constituaient un mandat, comme s'il se fut agi d'une appréciation de fait (1).

La base de la responsabilité notariale, en ce qui concerne la matière si délicate des placements hypothécaires, se trouve donc dans les règles du mandat et de la gestion d'affaires.

Les cas où cette responsabilité sera engagée seront ceux où le notaire aura accepté un mandat ou se sera constitué gérant d'affaires : cette dernière hypothèse devra être beaucoup plus rare à cause des prohibitions dont nous avons dit quelques mots à propos de la responsabilité disciplinaire contenues dans le décret du 30 janvier 1890.

Le notaire qui accepte la mission de faire pour son client un bon placement hypothécaire devient respon-

(1) Cass. req., 25 janvier 1887, Dalloz, 87, 1, 473.

sable du préjudice qu'il peut lui faire subir par sa faute, à cause du défaut soit de solvabilité de l'emprunteur soit de solidité du gage. Cette responsabilité se cumule bien entendu avec celle d'un ordre d'idées tout différent pouvant résulter pour lui de causes de nullité de l'acte de réalisation, et en général de celle dont nous avons parlé, lui incombant en sa qualité d'officier public.

C'est en tant que mandataire, et conformément aux principes généraux que le notaire répond, non seulement de son dol, mais encore de ses fautes (art. 1992, C. civ.) ; mais, si c'est là la condition suffisante pour engager sa responsabilité, c'est également la condition nécessaire. Il ne suffit pas qu'un notaire ait indiqué, ou même négocié un placement de fonds pour qu'il soit déclaré responsable sans limite de toutes les conséquences de ce placement ; il faut que, dans ces opérations, il ait commis une faute et le notaire de bonne foi ne répond que des fautes résultant d'une erreur inexcusable provenant, soit de son impéritie, soit d'une négligence ou d'une imprudence appréciable (1). Il en résulte à plus forte raison qu'un notaire qui n'a commis aucune faute dans la négociation d'un placement ne saurait, par suite de circonstances postérieures qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir, encourir à cette occasion aucune responsabilité.

D'ailleurs le recours contre les notaires deviendrait illusoire s'ils étaient obligés de répondre de toutes les suites du placement ; dans les régions où la propriété foncière a beaucoup perdu de sa valeur, soit lentement à cause de l'absence presque complète de fermiers, et de

(1) Lyon, 3 juillet 1868, Dalloz, 68, 2, 229.

la difficulté qui en résulte de réaliser les domaines ruraux, soit brusquement, par suite d'une calamité ayant frappé un pays comme on l'a vu récemment pour les terrains consacrés à la culture des vignobles et envahis par le phylloxéra, il ne peut être question de responsabilité pour le notaire qui aurait négocié les placements faits lorsque la contrée était florissante et dans toutes les conditions de prudence que l'on aurait pu demander au père de famille même le plus diligent. Cette solution paraît tellement naturelle qu'il semble difficile que l'on songe même à la contester : ce n'est pourtant pas ce qui a eu lieu et l'on a vu des procès en responsabilité intentés dans ces conditions. Ils n'auraient eu qu'un résultat, ruiner le notaire sans profit appréciable pour les personnes ayant placé des fonds par son intermédiaire : en effet sa fortune, quelque considérable qu'elle fût, ne saurait suffire à indemniser tous les créanciers de cette sorte ; fortune qui d'ailleurs s'était déjà trouvée fort amoindrie par la diminution de la valeur de son office, dont l'importance est intimement liée à la prospérité foncière du pays.

Ces principes doivent également s'appliquer toutes les fois qu'il y aura mandat donné au notaire et accepté par lui, soit que, dans un placement hypothécaire, il s'agisse des formalités postérieures à l'acte, telles que l'inscription de l'hypothèque, le renouvellement de cette inscription, la mention d'une subrogation consentie en cas de transport de créance, la signification au débiteur cédé, etc. (1), soit qu'il s'agisse de toute autre espèce de

(1) Cass. req., 4 mai 1874, Dalloz, 1874, 1, 489.

mission dont le notaire aura été chargé, comme par exemple, dans une vente, de vérifier avec soin l'établissement de la propriété en la personne du vendeur et des précédents propriétaires, de faire opérer la transcription du contrat, etc. etc.

Dans tous ces cas, et en général dans ceux ayant trait aux formalités accessoires des actes, le notaire n'est pas de plein droit le mandataire légal des parties ; il peut être leur mandataire tacite, mais il faut qu'il y ait mandat, car comme le disait M. le conseiller Hardouin dans le rapport antérieur à un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1855 (1) « c'est un principe consacré par la jurisprudence est placé désormais hors de toute controverse que les notaires ne sont pas tenus, aux termes de la loi de leur institution, de remplir les formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes qu'ils reçoivent ». Ce point est universellement admis aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence (2).

§ II. — *Responsabilité des notaires comme dépositaires.*

Les notaires peuvent être constitués dépositaires de deniers ou de titres : nous avons vu, à propos de leur responsabilité disciplinaire, quelles restrictions le législateur de 1890 avait cru devoir apporter dans cet ordre d'idées. Il n'en est pas moins certain qu'aujourd'hui encore, même en observant scrupuleusement les pres-

(1) *Journal du Palais*, 1856, 2, 503.

(2) Aubry et Rau, t. 3, p. 320. Pont, *Rev. critique*, 1855, VII, p. 35. Eloy, nos 854 et suivants. Cass., 14 juillet 1847, *Journal du Palais*, 48, 1, 46, etc. etc.

criptions de ce décret, la responsabilité des notaires peut se trouver engagée en tant que dépositaires, dans un grand nombre de cas, d'autant plus que leurs fonctions les désignent tout spécialement pour remplir ce rôle. Il est vrai que, dans la plupart des cas, leurs obligations de cette nature devront se combiner avec celles dérivant du mandat dont ils seront habituellement chargés en même temps. Il est rare en effet, et il sera encore plus rare avec les nouvelles mesures dont nous avons parlé, que l'on remette des fonds ou des valeurs à un notaire pour en assurer le dépôt ; ce dépôt, au contraire, aura lieu nécessairement dans une foule de cas où le notaire se trouve désigné pour conserver peu de temps des fonds que l'on ne peut remettre provisoirement à aucune des parties : en cas de vente par exemple et de quittance donnée dans l'acte du montant du prix ou d'une portion du prix, le notaire conservera les fonds jusqu'après la transcription du contrat et la vérification de l'état hypothécaire ; en cas d'obligation, jusqu'à l'inscription prise et la certitude qu'elle frappe utilement l'immeuble hypothéqué, et dans le rang qui avait été à l'origine convenu ; en cas de liquidation de succession, jusqu'après la signature du partage et, s'il y a lieu, son homologation et l'expiration des délais d'opposition et d'appel.

Dans tous ces cas cités à titre d'exemple, le notaire encourra une responsabilité en tant que dépositaire.

Cette responsabilité devra être régie par les principes posés pour le mandat : le dépôt devra être prouvé conformément aux principes généraux (art. 1923).

Si, au lieu de sommes d'argent et de valeurs que le notaire doit garder temporairement, il s'agit d'un écrit

que les parties lui remettent pour en assurer la conservation indéfinie, le notaire doit alors dresser acte de ce dépôt (1), cet acte et celui faisant l'objet du dépôt sont alors mis au rang des minutes de ce notaire et sa responsabilité pour leur conservation sera régie par les principes posés à propos de l'interprétation des articles 20 et 22 de la loi de ventôse.

§ III. — *Responsabilité des notaires comme conseils.*

Non seulement les notaires sont appelés à dresser des actes authentiques, à remplir les missions qu'on leur confie, comme nous l'avons vu ; mais ils se trouvent en outre, par leur situation professionnelle, leur habitude des affaires, désignés tout naturellement à la confiance de leurs concitoyens pour les assister de leurs conseils dans la plupart des opérations concernant leur fortune. Ce rôle, comme le constatait M. le Garde des sceaux dans son rapport au Président de la République du 30 janvier 1890, a même pris en ces dernières années une extension de plus en plus considérable : « La différence est grande, disait-il, entre le notaire de l'an XI, simple rédacteur des actes, conseiller désintéressé des clients, et le notaire d'aujourd'hui, dont la sphère d'action s'est démesurément agrandie, qui n'est plus seulement le fonctionnaire public chargé par la loi de donner l'authenticité aux conventions, mais qui s'est fait le conseil privé et incessant des parties, l'arbitre de leurs différends, le négociateur de leurs intérêts ».

(1) L. 22 frimaire an VII, article 43.

Quelle est la nature de la responsabilité qui peut en résulter pour les notaires ?

En principe un conseil n'engage jamais la responsabilité de celui qui le donne. Cette règle a été posée par Justinien dans les Institutes (1). *Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est ; et ob id non est obligatorium ; quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur, quum liberum cui que sit apud se explorare, an sibi expediat consilium.*

En effet celui qui se borne à donner un conseil, n'a pas l'intention de s'obliger ni de le garantir ; et celui à qui il est donné n'est pas tenu de la suivre (2), il apprécie en toute liberté et n'a aucune réclamation, autre que celle d'un ordre tout moral, à formuler, quand, l'ayant suivi, il s'en est mal trouvé.

Par application de ce principe, le notaire, quand il conseille en dehors de ses fonctions, donne un avis purement officieux dont les suites ne sauraient jamais engager sa responsabilité notariale proprement dite : or un conseil ne doit pas être retourné d'une manière absolue contre celui qui l'a donné, il n'engage la responsabilité qu'autant, qu'étant frauduleux, il est le principe ou la cause d'un dommage imputable (3).

Mais où la situation devient plus complexe et plus délicate, c'est lorsque le notaire est en même temps le rédacteur de l'acte. Ici il joue un rôle comme officier public, il a le devoir d'éclairer les parties sur les conséquences des conventions qu'il est chargé de constater

(1) L. III, tit. 27, § 6.

(2) Demolombe, t. 31, n° 535.

(3) Pont, *Rev. not.*, n° 254.

et de les assister de ses conseils. Sans doute les contractants ne sont pas tenus de s'y conformer et, s'ils persistent dans leurs intentions, le notaire devra s'incliner et prêter néanmoins son ministère (1), mais si au contraire le notaire, en dehors de toute question de mandat ou de gestion d'affaires, joint à son avis une pression quelconque, ou si l'on établit contre lui le dol, la collusion ou la mauvaise foi, il est bien évident que sa responsabilité sera engagée (2).

De même si le notaire insiste particulièrement pour décider son client à faire un acte entaché de nullité ; s'il accompagne son conseil d'assurances de réussite telles que sans elles la partie n'aurait pas consenti à le faire (3) ; il y aura lieu de déterminer avec soin les circonstances de chaque espèce et d'apprécier le rôle qu'aura pu jouer l'officier public, pour décider s'il y a lieu de lui attribuer la responsabilité du préjudice éprouvé par son client.

La jurisprudence a été beaucoup plus loin : elle a, à plusieurs reprises, consacré le principe de la responsabilité absolue pour les notaires et a rangé les conseils aux parties, et le devoir de les éclairer sur les conséquences de leurs conventions et de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'efficacité des actes, parmi leurs obligations professionnelles susceptibles, par application des principes posés, d'engager leur responsabilité. Dans un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 24 novembre 1857, qui avait déclaré un notaire responsable pour s'être contenté d'être le rédac-

(1) L. 25 ventôse, an XI, art. 3.

(2) Rutgeers et Amiaud, n° 1326.

(3) Demolombe, t. 31, n° 535.

leur passif des conventions des parties sans les avoir éclairées sur leur portée et leurs conséquences, la Cour de cassation a le 3 août 1858 (1) posé les principes suivants.

« Attendu que, si les notaires ne sont pas responsables des conséquences que peuvent avoir pour leurs clients les actes auxquels ils prêtent leur ministère, alors surtout qu'ils ne sont pas mandataires, il n'en est pas moins vrai que le notaire qui par sa faute personnelle a causé un préjudice à l'une des parties, est tenu de le réparer ; qu'aux tribunaux seuls appartient le droit d'apprécier les faits qui constituent la faute imputée au notaire ».

Ces principes ont été appliqués à plusieurs reprises depuis par la jurisprudence (2). Plusieurs des décisions rendues en cette matière sont empreintes d'une sévérité exagérée. Sans doute les notaires ne doivent pas se borner au rôle de scribes, copistes fidèles transcrivant les conventions des parties afin de leur assurer la consécration de l'authenticité ; nous croyons leur mission plus haute : ils doivent expliquer à leurs clients la portée de leurs actes, s'assurer que ceux-ci ne sont pas entachés de nullité qu'ils sont bien l'expression exacte de leur pensée. Mais et il y a loin de là au rôle de tuteur légal, de conseil judiciaire qu'on voudrait leur faire jouer en les déclarant responsables, comme on l'a fait, lorsqu'ils n'ont pas empêché leurs clients de compromettre leurs intérêts. Le principe posé dans l'article 3 de la loi de ventôse doit ne

(1) *Journal du Palais*, 1859, 1, 599.

(2) Cass. req., 2 décembre 1873, *Rev. not.*, n° 4581. Rouen, 29 juin 1878, *Rev. not.*, n° 5785. Douai, 12 mars 1886, *Rev. not.*, n° 7443. Paris, 11 mai 1886, *Rev. not.*, n° 7374, etc. etc.

cesser d'avoir son application qu'au cas où il s'agirait de conventions frauduleuses, ou contraires aux lois ou aux bonnes mœurs; aucun texte n'autorise les notaires à n'en pas tenir compte quand les parties veulent passer un acte qui est plus ou moins déraisonnable ou contraire à leurs intérêts. Lorsque le notaire a donné à ses clients les explications qu'il croit nécessaires, qu'il n'a commis aucun dol ni aucune faute, il a rempli tout son devoir et sa responsabilité ne saurait être engagée par suite de l'imprudence commise par les parties.

SECTION II

Étendue de cette responsabilité.

Dans cette hypothèse, et lorsque le notaire est poursuivi, soit comme mandataire, gérant d'affaires, dépositaire ou conseil, on doit faire l'application, non plus des principes spéciaux du notariat, mais des règles générales du mandat, de la gestion d'affaires et du dépôt, pour voir s'il y a lieu d'intenter contre lui une action en responsabilité, ou pour déterminer l'étendue de cette responsabilité. Dans la dernière hypothèse, celle des conseils donnés par le notaire, la question est plus délicate, parce qu'à la responsabilité résultant de ce chef, vient presque toujours s'ajouter une responsabilité professionnelle proprement dite.

Mais, dans tous les autres cas, ceux où le notaire aura agi comme un simple particulier, aura accepté un mandat ou un dépôt, ou se sera constitué gérant d'affaires dans les termes du droit commun, s'il est vrai qu'à

cause de sa situation professionnelle il se sera trouvé tout naturellement désigné pour remplir ces fonctions, il n'en est pas moins certain qu'il n'en est pas expressément ni même implicitement chargé par la loi de ventôse, ni les autres dispositions législatives spéciales au notariat, puisqu'au contraire les plus récentes d'entre celles-ci se sont efforcées, comme nous l'avons vu, de restreindre le plus possible cette sphère d'attributions.

Il s'ensuit que la restriction qui résulte en faveur des notaires pour les faits relatifs à leurs fonctions, de l'article 68 de la loi de ventôse, ne sera pas applicable ici. Les quatre conditions, nécessaires pour qu'il y ait lieu d'intenter une action en responsabilité contre un notaire, se réduisent donc à trois, s'il s'agit de faits en dehors de ses fonctions proprement dites. Quant à la quatrième condition, à savoir qu'il y ait lieu d'intenter cette action, elle n'a plus ici son application. Remarquons qu'il n'en faut pas conclure que, dans cet ordre d'idées, les juges n'aient jamais à tenir compte des circonstances de fait ; bien au contraire : puisque cette seconde responsabilité du notaire résulte pour lui des obligations qu'il aura contractées en qualité de mandataire ou de garant d'affaires, l'étendue de ces obligations devra servir de base à l'étendue de cette responsabilité. Il s'ensuit donc que, dans ce cas comme dans le précédent, l'examen des circonstances de fait a une importance capitale et que les juges devront toujours en tenir compte. N'existe-t-il donc plus entre les deux situations aucune différence ? Il en subsiste une capitale qui pourtant, à la vérité, offre un intérêt plus théorique que pratique : tandis que, dans le premier cas, celui de la responsabilité

notariale proprement dite, c'est dans l'exercice de l'action en responsabilité et dans l'évaluation de l'étendue de cette responsabilité que les juges doivent faire intervenir le pouvoir d'appréciation dont ils sont investis et par suite peuvent modérer la condamnation même si tous les faits constitutifs de la faute et du préjudice sont reconnus ou prouvés ; dans le second au contraire, c'est dans l'appréciation de ces faits qu'ils peuvent tenir compte des circonstances dans lesquelles l'obligation a pris naissance, mais une fois l'existence ou l'étendue du mandat ou la nature de la gestion bien et nettement établies, ils doivent se conformer rigoureusement aux règles générales établies par les lois et applicables à tous.

Les trois conditions subsistantes, pour qu'il y ait lieu, dans ces circonstances, d'intenter une action en responsabilité contre un notaire, sont donc : 1° qu'il y ait faute du notaire ; 2° qu'il y ait préjudice éprouvé par la partie ; 3° et que ce préjudice résulte de la faute du notaire.

Cette troisième condition trouve bien plus ici son application et a une portée plus grande que lorsqu'il s'agit de l'action en responsabilité contre le notaire en sa qualité de notaire proprement dit ; il en résulte un principe général : à savoir que le notaire n'est jamais présumé être la caution de celle des parties qui ne satisferait pas à ses engagements. En matière de prêts hypothécaires, notamment, cette condition a une importance capitale. Nous avons en effet établi, lorsque nous avons parlé des causes de responsabilité de cette nature, que le notaire ne pouvait jamais être déclaré responsable qu'en vertu de causes antérieures ou concomitantes à la conclusion de l'affaire, et jamais par suite de faits pos-

téricurs. Ce principe se dégage au surplus bien nettement de l'article 2015 du Code civil : « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». Or, d'autre part, l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843, défend formellement aux notaires de se constituer garants ou cautions des prêts consentis par leur intermédiaire ou qu'ils auraient été chargés de consentir par acte public ou privé. Nous devons en conclure, que non seulement le notaire ne sera jamais présumé caution de l'emprunteur, mais qu'il ne pourra jamais être cette caution ; et les arrêts dont nous avons parlé et qui ont une tendance de plus en plus marquée à admettre la responsabilité indéfinie du notaire en cette matière, violent manifestement, et la lettre, et l'esprit de la loi.

L'application des règles du mandat ou de la gestion d'affaires seule, et abstraction faite de toute idée de cautionnement, doit donc être faite, mais d'une façon absolue, telles qu'elles sont posées par les articles 1991, 1992 et 1372 du Code civil. On ne peut les envisager ici dans tous leurs détails sans sortir du cadre de cette étude. Nous dirons cependant quelques mots d'une des conséquences de leur application qui présente un grand intérêt et a une grande portée pratique.

L'article 1992 du Code civil dit *in fine* : la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. Il n'est pas douteux que, par application de cette règle, et en vertu de ce principe, que le salaire est tacitement stipulé et promis dans les mandats

relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état ou par profession (1), la responsabilité des notaires ne doive en règle générale être la responsabilité plus rigoureuse du mandataire salarié. Mais, lorsqu'un notaire aura négocié un placement hypothécaire, que, chargé par le prêteur de placer ses fonds, il aura accompli cette mission et réalisé l'acte et qu'il se sera contenté pour tout salaire de l'honoraire que lui allouent les tarifs en vigueur pour la rédaction des obligations hypothécaires, devra-t-on régler l'étendue de sa responsabilité sur celle du mandataire salarié ? La négative paraît certaine. Il y a là en effet deux séries d'actions bien distinctes : le mandat rempli par le notaire consistant en la recherche, négociation du placement, vérification de la solidité du gage etc., etc., et le rôle d'officier public qu'il a joué en recevant l'acte d'obligation. Or les honoraires que lui accorde son tarif n'ont en vue que la rémunération des soins donnés à l'acte qu'il fait comme notaire, et du risque résultant pour lui des responsabilités qu'il peut encourir en cette qualité. En effet, si le prêteur et l'emprunteur, ayant convenu directement entre eux de cette opération, étaient venus le trouver et l'avaient simplement chargé de constater par acte public leurs conventions, son honoraire eut été identiquement le même ! Et dans ce cas il eut été absolument exonéré de toutes les responsabilités pouvant lui incomber d'autre part, à raison de la mission délicate qu'il aurait accomplie ! On devra donc, s'il n'a pas perçu un honoraire supplémentaire ayant pour cause les risques que peut lui faire courir l'exécution de ce mandat, le regarder, en ce qui

(1) Aubry et Rau, t. 4, p. 634, § 410, note 8.

concerne l'étendue de sa responsabilité à cet égard, comme un mandataire gratuit et lui appliquer en principe l'atténuation résultant de l'article 1992.

APPENDICE. — Disons quelques mots de l'exercice de l'action en responsabilité et de sa prescription. Tout ce qui concerne cette matière s'applique également à la responsabilité encourue pour faits du notaire à raison de ses fonctions proprement dites et pour faits en dehors de ses fonctions.

Cette action est soumise aux règles ordinaires de la procédure. Elle peut être intentée contre le notaire même s'il a cessé ses fonctions et contre ses héritiers (1). Mais si les héritiers, conformément à la règle : *ubi emolumentum, ibi debet esse onus*, doivent supporter les conséquences des fautes dommageables de leur auteur, les tribunaux devront, de leur côté, se montrer très circonspects dans l'application de ce principe et tenir compte de ce fait, que généralement des héritiers ne connaîtront pas les circonstances dans lesquelles l'acte aura été passé, n'auront aucun renseignement, en matière de prêt hypothécaire par exemple, sur la plus ou moins grande étendue du mandat confié au notaire, et par suite ne pourront pas se procurer les justifications au moyen desquelles ils se trouveraient exonérés en totalité ou en partie de cette responsabilité.

Le tribunal compétent en matière de responsabilité notariale est le tribunal civil de la résidence du notaire poursuivi. Ce principe est formellement posé dans l'article 53 de la loi du 25 ventôse an XI.

(1) Eloy, t. II, n° 917 et suivants.

Aucune exception n'y doit être admise, quand bien même le faible montant de la demande serait en matière ordinaire de la compétence du juge de paix, ou que le notaire serait appelé par la voie incidente de la garantie devant une autre juridiction. Le principe est trop nettement posé par la loi, et les motifs qui ont inspiré le législateur sont d'une portée trop générale, pour qu'il soit possible d'admettre, malgré un arrêt de la Cour de cassation (1), qu'un notaire puisse être détourné de ses juges naturels qui sont plus à même que tous autres d'apprécier les relations du notaire et de ses clients, ainsi que les usages particuliers des notaires du ressort. Au surplus la Cour suprême revenant sur son ancienne théorie a consacré nettement le principe de l'article 53 de la loi de ventôse (2).

Avant la loi du 22 juillet 1867, les notaires étaient, aux termes de l'article 2060 du Code civil, soumis à la contrainte par corps pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions. Aujourd'hui, il faudrait pour que ce moyen pût être employé, que l'acte engageant la responsabilité du notaire eût les caractères d'un délit ou d'un crime.

L'action en responsabilité contre un notaire se prescrit conformément au droit commun par trente ans (3).

Mais quand commencera à courir cette prescription ? sera-ce à compter du jour où l'irrégularité aura été commise ou de celui où l'action en nullité de l'acte aura été intentée ?

(1) 2 mars 1846, Dalloz, 46,1,193.

(2) 29 juin 1881, Dalloz, 82,1,61.

(3) Article 2262, C. civ.

Cette seconde opinion a eu de nombreux partisans. Elle a été appliquée par la Cour de cassation le 27 mai 1857 (1). Un acte renfermant constitution d'hypothèque, avait été annulé parce que l'immeuble hypothéqué appartenait en propre à la femme du débiteur et que celle-ci n'avait pas concouru à l'acte. Il y avait eu faute du notaire et le tribunal avait jugé que cette faute était de nature à engager sa responsabilité. Mais l'acte remontait à 1813, la créance était échue en 1819, et l'action en nullité n'avait été intentée qu'en 1853. La Cour faisant application de l'article 2257 du Code civil et s'appuyant sur la maxime : *contra non valentem agere non currit præscriptio*, avait décidé que la prescription ne court point, « toutes les fois que le créancier peut, raisonnablement et aux yeux de la loi, ignorer l'existence du fait qui donne naissance à son droit ou à son intérêt, et, par suite, ouverture à son action ».

Il y a là la proclamation d'un principe qui n'est écrit nulle part dans le Code civil. Sans doute et notamment dans l'article 2257 du Code civil, le législateur en a consacré plusieurs applications, mais précisément parce qu'il a pris soin de le faire dans certaines hypothèses déterminées, il faut bien se garder de croire qu'il a voulu poser ce principe d'une manière générale.

Et, dans cette hypothèse particulière, il dépendrait donc des parties en retardant indéfiniment l'exercice de l'action en nullité, d'attendre que le notaire ou ses héritiers n'eussent plus à leur disposition les moyens pouvant leur servir à s'exonérer de ce recours ? L'ignorance d'un droit, sauf dans les cas expressément prévus, n'en

(1) Dalloz, 57,1,290.

interrompt point la prescription. Et, quand bien même l'acte ne pourrait pas être exécuté, rien n'empêcherait les parties d'intenter de suite une action en responsabilité contre le notaire et de le mettre en demeure de leur fournir un titre régulier, ou de leur donner caution de réparer, le cas échéant, le préjudice qu'elles pourraient avoir à subir.

CHAPITRE III

DES CLAUSES PRÉVENTIVES OU D'EXONÉRATION.

Si le notaire est de la sorte soumis à de fréquentes et importantes responsabilités, s'il est exposé, notamment au sujet des recours pouvant être exercés contre lui par suite d'un mandat ou d'une gestion d'affaires présumés, à de nombreux procès, ne peut-il pas, en rédigeant l'acte qu'il craint devoir être plus tard l'objet de ces discussions, déterminer bien nettement la part qu'il y a prise ? De cette façon, de l'acte lui-même résulterait l'appréciation du degré de responsabilité qu'il peut encourir, ou même son exonération complète.

Il semble, au premier abord, que la validité d'une telle clause ne puisse même pas être mise en doute. En effet les parties ont signé l'acte ou si elles ne l'ont pu signer elles l'ont approuvé après une lecture intégrale. Cette clause comme toutes celles ayant leurs autres conventions pour objet, bien et dûment approuvées d'elles, doit pouvoir leur être opposée plus tard, comme résultant de leur propre aveu.

Cette opinion avait été toujours admise par les auteurs, et plusieurs arrêts l'avaient consacrée (1). Elle a pourtant été l'objet de vives attaques, et, suivant une autre théorie qui semble devoir prévaloir aujourd'hui dans la jurisprudence, les notaires seraient loin d'être à couvert

(1) Paris, 15 mars 1870, *Rev. not.*, 1870, n° 2711.

quand bien} même les contractants les auraient eux-mêmes et de la façon la plus formelle exonérés, non de toute cause de responsabilité, ce qui serait impossible et contraire aux principes de l'institution notariale, mais de celle pouvant résulter pour lui d'un point spécial, d'un fait précis et nettement déterminé.

Le principal motif mis en avant pour contester la validité de ces clauses d'exonération, résulte de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI. Nous avons eu l'occasion de parler de cet article à propos des causes de la responsabilité notariale : il défend aux notaires de recevoir des actes contenant quelque disposition en leur faveur.

Mais la clause par laquelle les parties exonèrent le notaire de toute responsabilité pour une cause spéciale est-elle une disposition en sa faveur?

Bien qu'une telle convention soit évidemment favorable au notaire, il n'y a pas là bien certainement, au sens propre du terme, une disposition en sa faveur. Une telle disposition implique en effet un avantage stipulé pour lui, avantage certain, appréciable et ne peut pas consister dans le fait d'une simple constatation de l'accomplissement de l'un de ses devoirs ou de la part qu'il a prise dans la négociation ou la réalisation d'un acte.

Le notaire n'a pas eu en vue de réaliser un bénéfice positif (*de lucro captando*), il n'a songé qu'à écarter de lui une cause de dommage possible et hypothétique (*de damno vitando*). Il ne peut être établi aucune analogie entre ces deux hypothèses : en adoptant la première, nous rentrerions incontestablement dans la prohibition de l'article 8 de la loi de ventôse, mais en lui assimilant la seconde, on atteindrait un résultat absolument opposé à

l'esprit du législateur. Celui-ci a voulu, en édictant cette prohibition, « mettre le notaire à l'abri des combats que l'intérêt livre à la probité » (Exposé des motifs). C'est le même principe qui a présidé à la rédaction de l'article 909 du Code civil. Celui-ci cependant ne vise que les actes à titre gratuit ; le nôtre, d'une application plus étendue, embrasse toutes sortes de dispositions.

Au surplus la loi elle-même, dans un grand nombre de cas, a imposé aux notaires l'obligation d'insérer dans les actes des énonciations qui ne sont en dernière analyse que des clauses préventives et d'exonération. N'est-ce pas pour éviter toutes contestations relativement à la lecture des actes aux parties par le notaire, qu'elle prescrit la mention de cette lecture (article 13 de la loi du 25 ventôse an XI), relativement à la lecture des testaments publics au testateur et aux témoins, qu'elle impose la même mention (article 972 du Code civil), relativement à la réalité de la présence du notaire en second ou des témoins, qu'elle veut que cette présence soit formellement énoncée (article 2 de la loi du 24 juin 1843), relativement à la mention de contrat de mariage (article 1394 du Code civil, addition de la loi du 10 juillet 1850) et à l'absence de dissimulation du prix de vente d'un immeuble ou d'une soulte d'échange (loi du 23 août 1871) qu'elle prescrit les mentions y relatives : et, par suite, pour exonérer le notaire de la responsabilité pouvant lui incomber, à raison de manquement à ces prescriptions ? Ainsi donc la clause préventive serait illicite dans certains cas et obligatoire dans d'autres ! Et quelle différence devra-t-on faire entre les deux situations ? L'énonciation des faits qui se sont passés, ne devra-t-elle pas

avoir au contraire plus de portée quand il s'agira d'actes qui, somme toute, par suite d'une longue habitude, d'une situation spéciale, se trouvent en fait imposés aux notaires, que pour l'accomplissement d'obligations fondamentales formellement consacrées par la loi ?

Au surplus, poussant ce système dans ses conséquences extrêmes, on serait conduit à dire que conformément à la sanction de l'article 68, non seulement la clause préventive devrait être annulée, mais encore l'acte entier en tant qu'authentique. Il s'ensuivrait qu'un contrat renfermant constitution d'hypothèque, par exemple, et dans lequel le notaire mentionnerait que le prêt a été négocié en dehors de lui et qu'il n'a été que le rédacteur des conventions arrêtées entre les parties, devrait être annulé pour le tout. Personne n'a jamais songé à envisager sérieusement une hypothèse produisant de tels résultats, aussi peu en harmonie avec la volonté du législateur, qu'avec l'intention que les parties ont eue, en faisant constater leurs conventions par acte notarié. La Cour de cassation elle-même, dans son arrêt le plus absolu où elle a annulé une clause de non-responsabilité (1) en se fondant sur l'application de l'article 8 de la loi de ventôse, n'a pas fait allusion aux conséquences que cette application devait logiquement entraîner.

La raison la plus sérieuse de douter de la validité des clauses de cette nature, est que, si elles étaient admises en principe, elles deviendraient bientôt de style, seraient par habitude insérées dans tous les contrats, et que, par suite, les notaires pourraient de la sorte échapper aux conséquences de leurs fautes. Mais, jamais ces clauses ne con-

(1) 2 avril 1872, Dalloz, 72, 1, 362.

cernent et ne peuvent concerner la responsabilité d'un notaire d'une façon générale, il est bien certain que, comprises dans ces termes là, il n'y aurait pas lieu d'hésiter et qu'il faudrait les tenir pour non écrites ; mais bien au contraire, elles se réfèrent toujours à une circonstance de fait, de laquelle résulte, indépendamment de la volonté des parties, la non responsabilité de l'officier public. On les rencontre plus habituellement dans les obligations hypothécaires, où les parties, déclarant que le prêt a été négocié directement entre elles, reconnaissent n'avoir donné aucun mandat au notaire, à raison duquel elles pourraient le poursuivre ultérieurement ; dans les contrats de vente d'immeubles, où l'acquéreur veut payer son prix au vendeur avant d'avoir fait opérer la transcription et de s'être assuré de la situation hypothécaire ; ou bien si ayant entièrement confiance dans la sincérité des déclarations de celui-ci, relatives à la régularité des titres de propriété de l'immeuble, il dispense le notaire de remonter dans l'origine de propriété jusqu'aux limites que la prudence la plus extrême lui enjoint d'atteindre, pour assurer un droit de propriété incontestable.

Dans tous ces cas, cités à titre d'exemples, on voit bien qu'il ne s'agit pas pour le notaire de la responsabilité résultant pour lui du non accomplissement de ses devoirs professionnels : il est question d'un fait bien déterminé, à raison duquel sa responsabilité, comme nous l'avons établi précédemment, peut se trouver engagée, non en sa qualité d'officier public, mais par suite d'actes en dehors de ses fonctions proprement dites. Il en résulte que sa responsabilité ayant sa base en cet ordre d'idées dans l'imparfaite exécution de l'obligation résul-

tant pour lui d'un mandat tacite ou d'une gestion d'affaires, et que l'appréciation de ces obligations étant subordonnée à l'examen des circonstances où ce mandat a été conféré ou cette gestion entreprise, il est tout naturel et absolument licite que le notaire, alors que les faits viennent de se passer que nul doute n'existe à ce sujet dans les esprits, prévienne des contestations ultérieures, en déterminant bien nettement les éléments de l'affaire.

Il agira néanmoins prudemment, s'il veut éviter toute discussion à ce sujet, au lieu de relater ces circonstances dans l'acte même renfermant les conventions principales, de le faire dans un écrit séparé, sous signatures privées, ou même par simple lettre spéciale à cet objet, de façon que plus tard la partie lésée ne puisse prétendre n'avoir pas bien compris la portée de la clause contestée, ou que cette clause ne lui soit passée inaperçue.

Cette déclaration, bien entendu si elle n'est pas entachée de dol, devra être tenue pour valable et servira de la sorte à prévenir toute contestation ultérieure (1).

Au surplus, quand bien même la décharge du notaire serait comprise dans l'acte même d'où résultent les obligations des parties, et si l'on se rangeait à la doctrine de la Cour de cassation, cette déclaration devrait servir de commencement de preuve par écrit pouvant rendre admissible la preuve testimoniale.

Elle réunit en effet les caractères prescrits par l'article 1347 du Code civil. Elle laisserait également la faculté au juge de s'appuyer pour déclarer qu'en fait il n'y a pas eu de mandat, sur des présomptions graves, précises et concordantes (article 1353).

(1) Cass., 21 octobre 1885, *Rev. not.*, n° 7228.

CONCLUSION

Tels sont les principes qui président à la responsabilité notariale. Si nous essayons d'en dégager une idée générale, nous arrivons à la constatation suivante :

Le notaire encourt une responsabilité variée, tantôt pénale, tantôt simplement disciplinaire, le plus souvent civile, c'est-à-dire se traduisant par des dommages-intérêts au profit de la partie lésée. Ce n'est que par l'action de la chambre notariale qu'il est l'objet de dispositions particulières à ce point de vue, puisque les prescriptions légales ont pour sanction ordinaire, abstraction faite des personnes, soit l'application d'une peine, soit l'obligation de réparer le dommage causé. Mais si le notaire demeure en somme, sauf cette restriction sans importance, soumis aux règles générales de la responsabilité relativement aux conséquences de ses fautes, il est assujetti à des mesures dérogatoires en ce qui concerne la façon dont elles doivent être appréciées. A ce point de vue il faut distinguer les différents rôles qu'il est appelé à remplir : agit-il comme mandataire de ses clients, autrement dit accomplit-il une mission dont n'importe quelle personne peut légalement se charger aussi bien que lui, il est placé dans la même situation qu'un représentant ordinaire ; s'il répond même de ses fautes légères, ce n'est que par application du principe qui distingue entre le mandat gratuit et le mandat salarié.

Il en est autrement au contraire, lorsqu'il se renferme dans l'accomplissement de ses obligations spéciales, autrement dit, quand il concourt comme officier ministériel dont l'intervention est indispensable pour donner aux actes l'authenticité et la force exécutoire. Alors à des attributions spéciales répond une responsabilité particulière : le droit commun devient sujet à d'importantes restrictions ; dans l'application des règles nombreuses et minutieuses à l'observation desquelles il est astreint, le notaire est invinciblement exposé à des fautes que la prudence peut rendre plus rares, mais qu'elle est impuissante, si grande qu'elle soit, à prévenir complètement. D'un autre côté ce n'est pas à lui seulement que le tort en est imputable ; mais, le plus souvent, les parties elles-mêmes, par des déclarations incomplètes, parfois mensongères, des exigences contradictoires, des renseignements incertains, induisent l'officier ministériel en erreur, sans qu'il soit toujours possible de faire la part de chacun. Dans ces conditions, l'application littérale des principes ordinaires en serait au contraire à beaucoup d'égards la violation, puisqu'on ne se trouverait pas toujours dans les circonstances auxquelles le législateur a subordonné leur observation. Aussi la question de droit doit-elle être accompagnée d'une question de fait : au lieu d'enfermer le juge dans des règles préfixes dont l'application s'imposerait souvent à lui aux dépens de l'équité, il l'investit d'un pouvoir d'appréciation suffisamment large pour qu'il puisse tenir compte des circonstances les plus variées.

Il n'y a donc pas dans ces règles spéciales un vrai privilège au profit de ceux qui en paraissent investis ; le lé-

gislateur ne semble les élever au-dessus du droit commun que pour les empêcher d'en perdre le bénéfice. A cette considération il s'en ajoute une autre qui n'est pas de moindre valeur et qui rentre d'ailleurs dans la première : du moment que l'infraction la plus légère aux règles les plus minutieuses est susceptible d'entraîner les conséquences les plus graves, telles que la nullité de l'acte ou l'inefficacité d'un placement hypothécaire, en appliquant purement et simplement les principes ordinaires du Code civil en matière de responsabilité, on cesserait de proportionner cette responsabilité à la gravité du manquement, contrairement à l'esprit incontestable de la législation.

Dans ces conditions, l'exercice de la profession notariale serait exposé à de tels périls que la prudence en détournerait, et qu'elle deviendrait l'objet des entreprises les plus aventureuses. Il y aurait alors lieu de craindre de voir tomber ces fonctions dans les mains de personnes dont la solvabilité restreinte rendrait illusoire la responsabilité écrasante. Par une conséquence imprévue mais fatale, les précautions du législateur se retourneraient contre son but : pour être trop protégés, les particuliers deviendraient ainsi inévitablement sacrifiés. Étant donnés les devoirs multiples et délicats qui s'imposent aux notaires, l'accomplissement le plus certain en est assuré par une sanction préventive autant que par une sanction répressive.

Le notaire auquel sa situation personnelle de fortune et d'honorabilité impose le respect de lui-même sera bien plus détourné des aventures que celui qui, n'ayant rien à perdre, n'hésitera pas le plus souvent à beaucoup

risquer, Donc. s'il est incontestable que l'organisation de la profession notariale doive avoir lieu dans l'intérêt des particuliers que la loi ou leur inexpérience contraint de s'adresser aux notaires et non pour le plus grand profit de ces derniers, il ne faut pas oublier que les intérêts des uns et des autres sont plutôt solidaires que véritablement opposés; et, qu'en sacrifiant les premiers aux seconds, on arrive en réalité à les méconnaître tous au grand détriment du bien public, dont la réalisation n'est jamais poursuivie efficacement aux dépens de la justice.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse.

I. — Il n'y avait pas de différence tranchée entre le *Judex* et l'*Arbiter*; celui-ci n'était pas une sorte de juge spécial ayant des attributions déterminées.

II. — Le refus de statuer ne constituait pas nécessairement de la part du juge un déni de justice.

III. — Le juge devait se conformer à la formule, même si elle était en contradiction avec la loi.

IV. — Le juge, qui aurait reçu de l'argent de l'un des plaideurs, fait le procès sien s'il lui donne raison, même si le bon droit était de son côté.

Positions prises en dehors de la thèse.

V. — Le donataire et le légataire ne sont pas tenus de respecter le bail.

VI. — Le testament *calatis comitiis* n'était pas un acte soumis au vote du peuple.

VII. — La *restitutio in integrum* était une action *in personam*.

VIII. — Dans le droit classique, un créancier ne pouvait intenter qu'une fois l'action *de peculio*.

DROIT FRANÇAIS

Positions prises dans la thèse.

- I. — Les notaires sont tenus au secret professionnel.
- II. — Les clercs ne sont pas présumés les prête-noms du notaire chez lequel ils travaillent.
- III. — En matière disciplinaire, les tribunaux civils ne peuvent prononcer une des peines énoncées en l'article 14 de l'ordonnance du 4 janvier 1843.
- IV. — Dans une obligation hypothécaire le notaire ne peut jamais être présumé la caution de l'emprunteur.
- V. — Les notaires ne sont pas les mandataires légaux des parties.
- VI. — Une clause préventive ou d'exonération ne constitue pas une disposition en faveur du notaire.

Positions prises en dehors de la thèse.

DROIT CIVIL

- I. — Le testament, annulé par une condamnation à une peine criminelle perpétuelle, renaît par la réhabilitation.
- II. — La prescription de 10 et 20 ans s'applique aux servitudes.
- III. — Lorsque, le débiteur principal est déchu du bénéfice du terme, cette déchéance, même en l'absence de toute stipulation contraire, ne saurait atteindre la caution.
- IV. — Lorsque, postérieurement à l'acquisition en remploi faite par le mari pour le compte de la femme, celle-ci accepte l'immeuble acheté, son acceptation rétroagit au jour même de l'acquisition.

V. — La promesse de vendre la chose d'autrui n'est pas nulle.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Tout mandat impératif est la négation du système représentatif.

DROIT DES GENS

I. — Le propriétaire dépossédé peut revendiquer un objet mobilier qui lui a été volé pendant la guerre.

II. — Les Etats mi-souverains n'ont pas le droit de conclure de traités d'alliance offensive ou défensive.

ENREGISTREMENT

I. — En cas de conversion en rente viagère du droit d'usufruit de l'époux survivant, antérieure à la déclaration de succession, les héritiers peuvent déduire de l'actif héréditaire le capital de la Rente.

II. — La mainlevée pleine et entière d'une inscription hypothécaire prise pour sûreté du principal d'une créance, des intérêts conservés par la loi, et des frais de mise à exécution dûment évalués, ne donne ouverture au droit gradué que sur le capital de la dette garantie par l'hypothèque, à l'exclusion des frais de mise à exécution, du moment que l'acte de mainlevée ne mentionne que le capital sans faire aucune allusion aux accessoires.

Vu :

Le Président de la thèse,

CH. BEUDANT.

Vu :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU JUGE QUI FAIT LE PROCÈS SIEN.

	Pages
INTRODUCTION	4
CHAPITRE I ^{er} — Du <i>judex</i>	3
CHAPITRE II. — Cas où le juge fait le procès sien.	34
SECTION I. — <i>De l'officium judicis en général</i>	35
SECTION II. — <i>Devoirs du juge dans quelques cas particuliers</i>	53
SECTION III. — <i>Du magistrat sous le système de la procédure extraordinaire</i>	60
CHAPITRE III. — Conséquences juridiques résultant de ce que le juge a fait le procès sien.	63
SECTION I. — <i>Responsabilité pécuniaire du juge</i>	63
SECTION II. — <i>Responsabilité pénale du juge</i>	74
SECTION III. — <i>Valeur de la sentence</i>	78
CONCLUSION	83

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES.

INTRODUCTION.	87
Aperçu historique.	90
Responsabilité pénale.	102
Responsabilité disciplinaire.	107
§ I. — Faits engageant la responsabilité disciplinaire des notaires.	108
§ II. — Juridictions disciplinaires.	118
§ III. — Sanction de cette responsabilité.	121
Responsabilité civile.	127

	Pages
CHAPITRE I ^{er} . — Responsabilité civile des notaires comme officiers publics	131
SECTION I. — <i>Principes généraux</i>	131
SECTION II. — <i>Principaux cas de responsabilité des notaires comme officiers publics</i>	155
§ I. — Obligations imposées aux notaires par la loi de ventôse et formellement sanctionnées par la responsabilité civile . .	157
§ II. — Obligations en dehors de la loi de ventôse, formellement sanctionnées par la responsabilité civile.	181
§ III. — Obligations imposées aux notaires et n'étant pas formellement sanctionnées par la responsabilité civile.	188
CHAPITRE II. — Responsabilité résultant pour les notaires de faits en dehors de leurs fonctions proprement dites	195
SECTION I. — <i>Des principales causes de la responsabilité des notaires pour faits en dehors de leurs fonctions proprement dites</i>	196
§ I. — Responsabilité des notaires comme mandataires ou gérants d'affaires.	196
§ II. — Responsabilité des notaires comme dépositaires.	210
§ III. — Responsabilité des notaires comme conseils.	212
SECTION II. — <i>Etendue de cette responsabilité</i>	216
APPENDICE. — <i>De l'action en responsabilité</i>	221
CHAPITRE III. — Des clauses préventives ou d'exonération	225
CONCLUSION	231
POSITIONS	235

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne), 30, passage Verdeau, Paris.
